البناية في شرح الهداية

الجزء السابع

للشيخ المحدث الفقيه

بدر الدين أبي محمد محمود بن أحمد العيني

رحمه الله تعالى رحمة واسعة

٧٦٢ هـ ـــــ ٨٥٥ هـ

صححه وحققه وعلق عليه

الشيخ المحدث المحقق فيض أحمد الملتاني قدس سره

١٣٤٠ هـ ـــــ ١٤٢٩ هـ

المكتبة الحقانية

ملتان ○ باكستان

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي من علينا بطبع الكتاب المستطاب

البناية في شرح الهداية

للشيخ المحدث الفقيه بدر الدين أبي محمد محمود بن احمد العيني

رحمه الله تعالى رحمة واسعة

٧٦٢هـ — ٨٥٥هـ

صححه وحققه وعلق عليه

مولانا فيض احمد الملتاني

المكتبة الحقانية

ملتان ○ باكستان

بسم الله الرحمن الرحيم

الفهرس للجزء السابع من البناية شرح الهداية

الناشر: مكتبة حقانية ملتان باكستان
الناسخ: الممتاز كمبيوتر آرت كميتي شوك، راولبندي باكستان

باب تفويض الطلاق

فصل في الاختيار

و اذا قال لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق، او قال لها طلقي نفسك فلها ان تطلق نفسها مادامت في مجلسها ذلك،

(باب تفويض الطلاق)

أي هذا باب في بيان تفويض الطلاق الى غيره، و لما ذكر بيان الطلاق بنفسه اذ هو الاصل شرع في بيان الطلاق بالنيابة.

(فصل في الاختيار)

أي هذا فصل في بيان الاختيار، و الاختيار من الخيرة على وزن العنبة، و هي اسم من قولك اختاره الله عزوجل، و قال الجوهري(١) الخيار اسم من الاختيار، و قال ايضاً الاختيار الاصطفاء و قال تاج الشريعة الاختيار الميل الى الخير و الى ما هو الافضل، و الاولى. و الباب المذكور يشتمل على ثلاثة فصول، فصل في الاختيار، و فصل في الامر باليد، و فصل في المشيئة، و قدم فصل الاختيار على الفصلين المذكورين لانه يؤيد باجماع الصحابة رضي الله عنهم اجمعين. (و اذا قال لامرأته اختاري) حال كونه (ينوي بذلك) اي بقوله اختاري (الطلاق او قال لها طلقي نفسك فلها ان تطلق نفسها) في الصورتين جميعاً (ما دامت في مجلسها ذلك) اي الذي وقع فيه هذا القول من الرجل، و هذا الشرط باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم على ما ياتي. قال الكاكي ما دامت في مجلسها ذلك يدل على ان المجلس و ان تطاول يوما او اكثر لايبطل خيارها، لان المجلس قد يطول، و قد يقصر كذا في المبسوط(٢). فان قيل اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم في ان الخيار يقتصر على المجلس خلاف النص، لانه عليه الصلوة و السلام قال لعائشة رضي الله تعالى عنها حين نزلت آية التخيير(٣) فلاتجبني حتى تستأمري ابويك، و ابواها ليسا بحاضرين في المجلس، فهذا دليل على ان الخيار لايبطل بالقيام عن المجلس كما قال

---

(١) الجوهري في الصحاح ص٦٥٢ ج٢ مادة خير و الخيرة مثال العنبة الاسم من قولك اختاره الله تعالى يقال محمد خيرة الله من خلقه و خيرة الله ايضا بالتسكين اقول و في قوله تعالى و ما كان لمؤمن و لامؤمنة اذا قضى الله و رسوله امرا ان يكون لهم الخيرة من امرهم. (٢) المبسوط للسرخسي ص٢١١ ج٦. (٣) نزلت آية التخيير، البخاري كتاب التفسير باب قوله قل لازواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا ص٧٠٥ ج٢ و كتاب الطلاق باب من خير نساءه ص٩٩١ ج٢ و مسلم باب بيان ان تخييره امراته لايكون طلاقاً ص٤٧٩ ج١ و مابعده الترمذي كتاب التفسير ص١٥٢ ج٢ و النسائي كتاب الطلاق باب التوقيت في الخيار ص١٠٤ ج٢.

فان قامت منه او اخذت في عمل آخر خرج الامر من يدها لان المخيرة لها المجلس باجماع الصحابة رضي الله عنهم اجمعين

الشافعي رحمه الله تعالى في القديم. قلنا(١) احسان الظن بالصحابة رضي الله تعالى عنهم فرض، لانا تلقينا الشرع منهم بالقبول فلايجوز مخالفتهم بلادليل. و هاهنا لا دليل لانه عليه الصلوة و السلام أثبت لها الخيار مطلقا او مغيا الى غاية استيشارها لابويها. (فان قامت منه) اي من مجلسها (او اخذت في عمل آخر خرج الامر من يدها، لان المخيرة لها المجلس باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم اجمعين فيه عن عبدالله بن مسعود(٢) رواه عبدالرزاق(٣) في مصنفه اخبرنا معمر عن ابن ابي نجيح عن مجاهد عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه قال اذا ملكها امرها فتفرقا قبل ان تقضى بشيء، فلا أمر لها. و عن جابر بن عبدالله رضي الله تعالى عنه(٤) رواه عبدالرزاق أيضا اخبرنا ابن جريج عن ابي الزبير عن جابر بن عبدالله قال اذا خير الرجل امرأته فلم تختر في مجلسها ذلك فلاخيار لها. و عن عمر(٥) و عثمان و عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله تعالى عنهم رواه ابن ابي شيبة و عبدالرزاق في مصنفيهما حدثنا المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبدالله بن عمرو ان عمر بن الخطاب و عثمان بن عفان رضي الله تعالى عنهما قالا أيما رجل ملك امرأته أمرها و خيرها ثم افترقا من

---

(١) قلنا و في فتح القدير ص٤١١ ج٣ و اما التمسك (على ثبوت الخيار بعد المجلس) بقوله صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله تعالى عنها لاتعجلي الخ فضعيف لانه صلى الله عليه وسلم لم يكن تخييره ذالك هذا التخيير المتكلم فيه و هي ان توقع بنفسها بل على انها ان اختارت نفسها طلقها الا ترى الى قوله تعالى في الآية التي هي سبب التخيير منه صلى الله عليه وسلم ان كنتن تردن الحياة الدنيا و زينتها فتعالين امتعكن و اسرحكن سراحا جميلا. انتهى و كذا في نصب الراية ص٢٣٠ ج٣. (٢) فيه عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه الخ راجع لهذا المبحث نصب الراية ص٢٢٩ ج٣ و فتح القدير ص٤١٠ ج٣ و اعلاء السنن باب ان الخيار مقصور على مجلسه ذالك ص١٩٨ ج١١ و الاوجز ما يبين من التمليك ص٣٤٠ ج٤ و فتح الباري كتاب الطلاق باب من خير ازواجه ص٤٦٠ ج٩ و المغنى ص٢٩٤ ج٨ و تكملة شرح المهذب ص٨٨ ج١٧. (٣) عبدالرزاق في مصنفه. باب الخيار و التمليك ما كانا في مجلسهما ص٥٢٤ ج٦ و نصب الراية ص٢٢٩ ج٣ و ابن ابي شيبة ص٦٢ ج٥ و رواه الطبراني ايضا. (٤) و عن جابر رضي الله عنه عبدالرزاق ايضا ص٥٢٥ ج٦ و لفظه ان خير رجل امرأته فلم تقل شيئا حتى تقوم فليس بشيء و نحوه في نصب الراية و اخرجه ابن ابي شيبة ص٦٢ ج٥. (٥) و عن عمر و عثمان الخ رضي الله عنهم ابن ابي شيبة ص٦٢ ج٥ و عبدالرزاق ص٥٢٥ ج٦ و كتاب المعرفة للبيهقي كذا في نصب الراية.

و لانه تمليك الفعل منها، و التمليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع، لان ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة، الا ان المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنه، و مرة بالاشتغال بعمل آخر اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة و مجلس القتال غيرهما،

ذلك المجلس فليس لها خيار، و أمرها الى زوجها انتهى، و خالف الجماعة و شذ الحكم و ابوثور حيث لم يشترطا فيه المجلس، و اختاره ابن المنذر في الاشراف. و في المغنى(١) لايقتصر على مجلسها ذلك و ان تطاول مالم يفسخ او يطأها. و يروى عن علي رضي الله تعالى عنه و هو قول الحسن و قتادة، و قال السروجي و هذا الخلاف في الامر باليد. و في المغنى(٢) و اكثر اهل العلم على ان الخيار على الفور، روى ذلك عن عمر و عثمان و ابن مسعود و جابر، و به قال عطاء و جابر بن زيد و مجاهد و الشعبي و الاوزاعي و النخعي و الثوري و مالك و الشافعي و اصحاب الراى. و قال الزهري و قتادة و ابوعبيدة و ابن المنذر على التراخي، و هو رواية عن مالك. (و لانه) اي و لان قوله اختاري و طلقي نفسك (تمليك الفعل منها) يعني لاتوكيل لها، لان الوكيل عامل لغيره (و التمليكات تقتضي جواباً في المجلس) لانه خطاب، فاذا اخذت في عمل آخر يبطل التفويض، و كذا لو خاضت في كلام آخر يبطل التفويض، قال الله تعالى حتى يخوضوا في حديث غيره، علم ان الخوض في عمل آخر بمنزلة الاعراض، و ليس بتوكيل، لان الوكيل من يعمل لغيره، و هي عاملة لنفسها بان تخلص نفسها عن ذل رق النكاح، بخلاف ما لو قال لاجنبي طلق امرأتي فانه توكيل، لانه أمر لغيره. (كما في البيع) اي كما يقتضي الخطاب جواباً في البيع، لان الاصل فيه خيار القبول في المجلس (لان ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة) لرفع الضرورة، قال الحاكم الشهيد في الكافي اذا خير الرجل امرأته فلها الخيار في ذلك المجلس و ان تطاول يوماً او اكثر (الا ان المجلس) اي غير ان المجلس (تارة يتبدل بالذهاب عنه) اي عن المجلس (و مرة بالاشتغال بعمل آخر، اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة و مجلس القتال غيرهما) اي غير مجلس الاكل، و غير مجلس المناظرة. و الحاصل من هذا الكلام بيان أن انقطاع المجلس تارة يكون بسبب حسي و هو انتقالها من ذلك المكان، و تارة بسبب حكمي و هو اشتغالها بعمل آخر، الا ترى ان الرجلين اذا كانا يتناظران في مجلس يكون مجلسهما مجلس

---

(١) المغنى ص٢٩٤ ج٨ و فيه و قال الزهري و قتادة و ابوعبيد و ابن المنذر و مالك في احدى الروايتين هو على التراخي و لها الخيار في المجلس و بعده ما لم يفسخ او يطأ و احتج ابن المنذر بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لعائشة لما خيرها الخ. (٢) المغني ص٢٩٤ ج٨.

و يبطل خيارها بمجرد القيام، لانه دليل الاعراض بخلاف الصرف و السلم لان المفسد هناك الافتراق من غير قبض ثم لابد من النية في قوله اختاري، لانه يحتمل تخييرها في نفسها، و يحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره، فان اختارت نفسها في قوله اختاري كانت واحدة بائنة

النظر، ثم اذا اشتغلا بالاكل يكون مجلسهما مجلس الاكل، ثم اذا اشتغلا بشيء آخر يكون مجلس ذلك الشيء. (و يبطل خيارها بمجرد القيام، لانه دليل الاعراض) لانها لو اختارت لما قامت، و كذا اذا اشتغلت بعمل آخر (بخلاف الصرف و السلم(١) لان المفسد هناك) اي في باب الصرف و السلم (الافتراق من غير قبض، ثم لابد من النية) اي من نية الطلاق (في قوله اختاري لانه يحتمل تخييرها في نفسها، و يحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره) لاشك ان الاختيار يحتمل وجوهاً أخر سوى اختيار النفس بان يراد اختاري الكسوة او النفقة او الدار للسكنى، فلابد من نية الطلاق ليزول الاحتمال. (فان اختارت نفسها في قوله اختاري كانت واحدة بائنة) قال الكاكي و هو قول(٢) علي بن ابي طالب رضي الله تعالى عنه. و قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى رجعية و هو قول عمر و ابن مسعود رضي الله تعالى عنهما في سائر الكنايات و عند زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه ثلاث و كانه حمل على أتم ما يكون من الاختيار و عمر و ابن مسعود رضي الله عنهما حملاه على ادنى ما يكون منه، و هو طلاق رجعي وجه قول علي رضي الله تعالى عنه اختيارها لنفسها انما يتحقق بزوال ملك الزوج حتى تصير مالكة امر نفسها و ذالك بالواحدة البائنة و ليس في هذا اللفظ ما يدل على الثلاث لان حكم مالكيتها امر نفسها لايختلف بالثلاث و الواحدة البائنة، و لهذا قلنا لو نوى الثلاث بهذا اللفظ لايقع الا واحدة بائنة. و قال الترمذي(٣) اختلف اهل العلم في الخيار فروى عن عمر بن الخطاب

---

(١) بخلاف الصرف و السلم الخ فان في الصرف يشترط تقابض البدلين قبل ان يتفرقا و في السلم يشترط قبض راس المال قبل التفرق و ان تحقق القبض بعد القيام عن المجلس قبل التفرق ايضا يجوز. حاشية الهداية. (٢) و هو قول علي رضي الله تعالى عنه الخ و قد سبق تخريج هذه الآثار قريبا و راجع لهذا البحث الكفاية ص٤١٣ ج٣ و المبسوط للسرخسي ص٢١٢ ج٦. (٣) قال الترمذي في جامعه ابواب الطلاق باب ما جاء في الخيار ص١٤١ ج١ نحوه و لفظه و اختلف اهل العلم في الخيار فروى عن عمر و عبدالله بن مسعود رضي الله تعالى عنهما انهما قالا ان اختارت نفسها فواحدة بائنة و روى عنهما انهما قالا ايضا واحدة يملك الرجعة (فاختلفت الرواية عنهما) و ان اختارت زوجها فلاشيء و روى عن علي رضي الله تعالى عنه انه قال ان اختارت نفسها فواحدة بائنة و ان اختارت زوجها فواحدة يملك الرجعة و قال زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه ان اختارت زوجها فواحدة و ان =>

و ابن مسعود رضي الله تعالى عنهما ان اختيارها لنفسها طلقة بائنة، و كذا عن علي رضي الله تعالى عنه واحدة بائنة، لكن ان اختارت زوجها فواحدة رجعية، و مثله عن زيد رضي الله تعالى عنه الا انه قال ان اختارت نفسها فثلاث، و عنه واحدة بائنة و قال الترمذي و ذهب اكثر اهل العلم و الفقه من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم و من بعدهم الى قول عمر و ابن مسعود رضي الله تعالى عنهما و هو قول الثوري و الكوفيين، و به قال احمد واسحاق و ابوعبيد و ابوثور، فان طلقت نفسها ثلاثاً، فليس للزوج أن ينكر ذلك عند مالك و اكثر اصحابه، و قال سحنون له ذلك، و قال طاووس اختيارها نفسها ليس بطلاق، لان الطلاق لا يكون الى النساء. و قال ابوعمرو و مثله قال ابوحنيفة في التخيير لايقع به الطلاق، و أخطأ في النقل عنه. فان قلت لو قال لها أمرك بيدك او طلقي نفسك او انت بائن يصح نية الثلاث، و هاهنا لايصح مع ان فيها لفظ الامر، مع ان الاختيار متنوع أيضا، و هو الادنى و الاعلى لما قال زيد بن ثابت. قلت اجاب بعضهم بان الوقوع بلفظ الاختيار على خلاف القياس و انما يثبت ذلك باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم، و الاجماع انعقد بالطلقة الواحدة، بخلاف تلك المسائل. قلت فيه نظر و نوع تامل. و اشار شيخ الاسلام بان الامر اسم عام يتناول كل شيء، قال الله تعالى و الامر يومئذ لله اراد به الاشياء كلها، فصلح اسماً لكل فعل، فاذا نوى الطلاق صار كانه قال طلاقك بيدك، و الطلاق يحتمل العموم و الخصوص فاما الاختيار(١) اسم لفعل خاص و هو الخلوص والصفوة و ثبوت البينونة فيه مقتضى الصفوة، فلم يصح فيه العموم. ثم لو اختارت المرأة زوجها لايقع به شيء

=> اختارت نفسها فثلاث و ذهب اكثر اهل العلمو الفقه من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم و من بعدهم في هذا الباب الى قول عمر و عبدالله بن مسعود رضي الله عنهما و هو قول الثوري و اهل الكوفة و اما احمد بن حنبل فذهب الى قول علي رضي الله تعالى عنه و في المغنى ص٢٨٩ ج٨ و جملة الامر ان المملكة و المخيرة اذا قالت اخترت نفسي فهي واحدة رجعية روى ذالك عن عمر و ابن مسعود و ابن عباس رضي الله تعالى عنهم و به قال عمر بن عبد العزيز و الثوري و ابن ابي ليلى و الشافعي و اسحاق و ابوعبيد و ابوثور و روى عن علي رضي الله تعالى عنه انها واحدة بائنة و به قال ابوحنيفة و اصحابه و عن زيد بن ثابت رضي الله عنه انها ثلاث و به قال الحسن و مالك و الليث الا ان مالكا قال اذا لم تكن مدخولا بها قبل منه اذا اراد واحدة او ثنتين الخ ملخصا و ذكر في فتح الباري ص٤٦١ ج٩ ماحكى الترمذي بالتنسيق و راجع له فتح القدير ص٤١٣ ج٣ ايضا فانه اطال و افاد و اجاد. (١) الاختيار الخ و في الكفاية ص٤١٣ ج٣ و لان الاختيار اسم لفعل خاص و هو الخلوص و ثبوت البينونة فيه مقتضى ثبوت الخلوص و الصفوة فلم يصح فيه نية العموم الخ.

و القياس أن لايقع بهذا شيء، و ان نوى الزوج الطلاق لانه لايملك الايقاع بهذا اللفظ فلايملك التفويض الى غيره، الا انا استحسناه لاجماع الصحابة رضي الله عنهم، و لانه بسبيل من أن يستديم نكاحها او يفارقها فيملك اقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم، ثم الواقع بها بائن(١) لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها ، و ذلك

عندنا ، و به قال الشافعي رحمه الله تعالى و هو قول عمر بن الخطاب و ابن مسعود و ابي الدرداء وغيرهم غير علي، فقالت عائشة(٢) رضي الله تعالى عنها خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه، و لم يكن ذلك طلاقاً و عن علي رضي الله تعالى عنه في رواية تقع رجعية، و به قال الحسن البصري و ربيعة. (و القياس أن لايقع بهذا) اي يقتضي القياس ان لايقع بقوله - اختاري - (شيء) كما ذهب اليه طاووس (و إن نوى الزوج الطلاق) واصل بما قبله (لانه) اي لان الزوج (لايملك الايقاع بهذا اللفظ) اي بقوله - اختاري - (فلايملك التفويض الى غيره) لان من لايملك الشيء كيف يتصرف فيه (الا انا استحسناه) اي قلنا بالاستحسان (لاجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم و لانه) اي و لان الزوج (بسبيل من ان يستديم نكاحها او يفارقها) اي للزوج التصرف في امرأته ان شاء يبقيها بحسب ما يريد، و ان شاء فارقها و لاحجر عليه في ذلك، فاذا كان كذلك (فيملك اقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم) اراد به حكم استدامة النكاح، و حكم مفارقتها (ثم الواقع بها) اي بلفظ - اختاري - (بائن) اي طلقة بائنة (لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها) اي بثبوت اختصاص المرأة نفسها (و ذلك) اي

---

(١) قوله ثم الواقع بها بائن قال ابن الهمام رحمه الله تعالى في فتح القدير ص٤١٣ ج٣ قوله ثم الواقع بها بائن روى عن زيد بن ثابت انه ثلاث و به اخذ مالك في المدخول بها و في غيرها يقبل منه دعوى الواحدة و عن عمر و ابن عباس و ابن مسعود واحدة رجعية و به اخذ الشافعي و احمد و ثبت عن علي رضي الله عنه ان الواقع به واحدة بائنة توسط بين الغايتين و رجح قول عمر و ابن مسعود بان الكتاب دل على ان الطلاق يعقب الرجعة الا ان تكون الطلقة الثالثة و أنت علمت انه اخرج منه الطلاق بمال و قبل الدخول و لزم اخراج الطلاق بما دل على البينونة من الالفاظ على ما اسلفناه و لفظ اخترت نفسي بل نفس تخييرها يفيد ملكها نفسها اذا اختارتها لانه ينبئ عن الاستخلاص و الصفاء من ذلك الملك و هو بالبينونة و الا لم تحصل فائدة التخيير اذا كان له ان يراجعها شاءت او ابت و قد روى الترمذي عن عبدالله بن مسعود و عمر ان الواقع بها بائنة كما روى عنهما الرجعية فاختلفت الرواية عنهما و قد ترجح بما ذكرنا قول علي و عمر و ابن مسعود ثم هو غير متنوع لانه انما يفيد الخلوص و الصفاء و البينونة تثبت فيه مقتضى فلايعم بخلاف انت بائن و نحوه فلايقع الثلاث في قوله اختاري و ان نواها بخلاف التفويض بقوله امرك بيدك حيث تصح نية الثلاث فيه لان الامر شامل بعمومه لمعنى الشأن للطلاق =>

في البائن و لايكون ثلاثاً و إن نوى الزوج ذلك، لان الاختيار لايتنوع، بخلاف الابانة لان البينونة قد تتنوع. قال و لابد من ذكر النفس في كلامه او في كلامها، حتى لو قال لها اختاري فقالت قد اخترت فهو باطل، لانه عرف بالاجماع، و هو في المفسر(١) من احد الجانبين، و لان المبهم لايصلح تفسيراً للمبهم و لاتعيين مع الابهام

ثبوت الاختصاص (في البائن) اي في وقوع الطلقة الواحدة البائن (و لايكون) اي الواقع بلفظ اختاري (ثلاثاً) اي ثلاث طلقات (و إن نوى الزوج ذلك) اي الثلاث (لان الاختيار لايتنوع) و فيه نظر، لانه الادنى و الاعلى كما قال زيد بن ثابت، و قد مر عن قريب (بخلاف الابانة، لان البينونة قد تتنوع) الى غليظة و خفيفة (قال) اي القدوري (و لابد من ذكر النفس في كلامه او في كلامها، حتى لو قال لها اختاري فقالت اخترت فهو باطل) يعني لايقع شيء (لانه) اي لان وقوع الطلاق بلفظ الاختيار (عرف بالاجماع) باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم (و هو في المفسرة من احد الجانبين) من الزوج و المرأة لا في اللفظة المبهمة من الجانبين جميعاً (و لان المبهم) و هو قولها اخترت (لا يصلح تفسيراً للمبهم) و هو قوله - اختاري - لان كل واحد منهما مبهم ليس فيه ذكر النفس (و لاتعيين مع الابهام) اي لايتعين الطلاق مع وجود الابهام في الجانبين، و الكلام الذي يقوم مقام النفس كالتطليقة، و الاختيارة كذكر النفس. و في المحيط و لابد من ذكر النفس و التطليقة، و الاختيارة في احد الكلامين، لان الاختيار يحتمل المعاني فلابد له من تفسير و هو ذكر لنفسه او ما يدل عليها و عند مالك و الشافعي و احمد رحمهم الله تعالى ذكر النفس ليس بشرط، و اما عند مالك فاي الكلام صدر منه مع النية يقع به الطلاق و ان لم يشعر به. و اما عند الشافعي و احمد فلابد ان يكون في كلامه او جوابها ما يصرف الكلام اليه عند عدم ذكر النفس. و لو قال اختاري فقالت فعلت لايقع شيء، و لو قال اختاري نفسك فقالت

=> فكان من افراده لفظا و المصدر يحتمل نية العموم و قيل الفرق ان الوقوع بلفظ الاختيار على خلاف القياس باجماع الصحابة و اجماعهم انعقد على الطلقة الواحدة بخلاف تلك المسائل أي بائن و نحوه لان الوقوع مقتضى نفس الألفاظ ومقتضاها البينونة و هي متنوعة و فيه نظر لانتفاء اجماعهم على الواحد لما قدمنا من قول زيد بن ثابت ان الواقع به ثلاث قولا بكمال الاستخلاص. (٢) فقالت عائشة رضي الله تعالى عنها الخ البخاري باب من خير نسائه ص٧٩٢ ج٢ و مسلم باب بيان ان تخييره امرأته لايكون طلاقا الخ ص٤٨٠ ج١ و ابوداود. باب في الخيار ص٣٠٧ ج١ و الترمذي باب ما جاء في الخيار ص١٤١ ج١ و النسائي باب في المخيرة ص١٠٥ ج٢ و ابن ماجة باب الرجل يخير امرأته ص١٤٩ و نصب الراية ص٢٣٠ ج٣. (١) المفسر - ن - المفسرة.

و لو قال لها اختاري نفسك فقالت اخترت تقع واحدة بائنة، لان كلامه مفسر و كلامها خرج جواباً له فيتضمن اعادته. و كذا لو قال اختاري اختيارة فقالت اخترت، لان الهاء في الاختيارة تنبئ عن الاتحاد، و الانفراد و اختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة و يتعدد أخرى فصار مفسراً من جانبه.

فعلت يقع، و مثله في البدائع(١) و زاد تكرار الاختيار في كلام الزوج، و كذا لو قال اختاري فقالت ابي(٢) و امي او اهلي او الاوزاج يقع استحسانا. و في جوامع الفقه بخلاف اخترت اختي او عمتي او قالت اخترت نفسي و زوجي فالعبرة للسابق(٣) و ان قالت زوجي او عمي بطل. و لو قال لها اختاري فقالت طلقت نفسي تقع بائنة، و في البدائع قال لها اختاري فقالت اخترت الطلاق يقع واحدة رجعية. (و لو قال لها اختاري نفسك فقالت اخترت يقع واحدة بائنة، لان كلامه مفسر و كلامها خرج جواباً له) اي لكلام الزوج (فيتضمن اعادته) اي يضمن كلام المرأة اعادة كلام الزوج(٤) لان الجواب يتضمن اعادة ما في السؤال (و كذا) اي و كذا تقع واحدة بائنة (لو قال) لامرأته (اختاري اختيارة فقالت اخترت، لان الهاء) اي التاء سماها هاء لتصورها بصورة الهاء، و لكونها عند الوقف (في الاختيارة تنبئ عن الاتحاد و الانفراد) اما الاتحاد فانما يكون في اختيارها (و اختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة) بان قال لها اختاري نفسك بتطليقة (و يتعدد أخرى) بان قال لهااختاري نفسك ما شئت او بثلاث، و اما الانفراد فلكونها للمرأة (فصار مفسراً من جانبه) بخلاف خيارها الزوج، فانه لايتعدد لكونه عبارة عن ابقاء النكاح و هو غير متعدد. و ادعى الاترازي أن في كلام المصنف تناقضاً، لانه ذكر قبل هذا بقوله - لان الاختيار لايتنوع - و هاهنا يشعر كلامه بانه يتنوع، و اجاب(٥) بعضهم بان لاتناقض، لان الاختيار هنا غير الاختيار ثمة، لان الاختيار هنا اختيارها نفسها، و ثمة يجوز أن يكون اختيارها زوجها، و حط الاترازي على هذا المجيب بان الاختيار في الموضعين هو اختيارها نفسها، فالتناقض باق، و المساق لهذا المجيب ان يقول مراده في اختيارها الذي لايتنوع مطلق الاختيار، و اما المقيد من

---

(١) البدائع ص١١٩ ج٣. (٢) ابي و امي الخ و كذا في الفتح ص٤١٤ ج٣ و المبسوط للسرخسي ص٢١٥ ج٦ و راجع لنحو هذه الفروع الكثيرة الفتاوى الهندية ص٣٨٧ ج١ و مابعده. (٣) فالعبرة الخ و في الفتح ص٤١٤ ج٣ و لو قالت اخترت نفسي او زوجي لم يقع و لم عطفت بالواو فالاعتبار للمقدم و يلغو مابعده و كذالك في الهندية ص٣٨٩ ج١ و المبسوط للسرخسي ص٢٢١ ج٦. (٤) اعادة الخ و في العناية فكانها قالت اخترت مالمرتني باختياره و هوالنفس الخ. (٥) و اجاب الخ و راجع للجواب فتح القدير ص٤١٤ ج٣.

و لو قال اختاري فقالت اخترت(١) نفسي يقع الطلاق اذا نوى الزوج، لان كلامها مفسر، و ما نواه الزوج من محتملات كلامه. و لو قال اختاري فقالت انا اختار نفسي فهي طالق، و القياس ان لاتطلق، لان هذا مجرد وعدا و يحتمله، فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت انا اطلق نفسي. وجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله عنها، فانها قالت لا بل اختار الله و رسوله، و اعتبره النبي عليه الصلوة و السلام جوابا منها

احد الجانبين فيتعدد. (و لو قال) لها (اختاري، فقالت اخترت نفسي يقع الطلاق اذا نوى الزوج، لان كلامها مفسر و ما نواه الزوج) اي الذي نواه الزوج و هو الطلاق (من محتملات كلامه) اي كلام الزوج، لان كلامه و هو قوله - اختاري - يحتمل الطلاق بان يكون مراده النفس (و لو قال اختاري فقالت أنا اختار نفسي فهي طالق، و القياس ان لاتطلق، لان هذا) اي قول المرأة اختار نفسي (مجرد وعد) ان كان مرادها بهذا الاستقبال (او يحتمله) اي او يحتمل الوعد(٢) لان الصيغة مشتركة بين الحال و الاستقبال، و لايقع الطلاق بالوعد و الاحتمال (فصار) هذا (كما اذا قال لها طلقي نفسك، فقالت انا اطلق نفسي) اي فلايقع الطلاق قياساً و استحساناً، و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الا اذا قال اردت انشاء الطلاق، فحينئذ يقع (وجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله تعالى عنها، فانها قالت لا بل اختار الله و رسوله، و اعتبره النبي صلى الله عليه وسلم جواباً منها) هذا الحديث اخرجه البخاري(٣) و مسلم عن ابن شهاب عن ابي سلمة عن عائشة رضي الله عنها قالت لما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بتخيير ازواجه بدأ بي فقال اني ذاكراً لك أمراً فلا عليك ان لاتعجلي حتى تستأمرى أبويك، و قد علم ان ابوي لم يكونا ليامراني بفراقه ثم قال ان الله تعالى قال لي يا ايها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا الى قوله اجراً عظيماً فقلت ففي هذا استامر ابوي، فاني اريد الله و رسوله و الدار الآخرة، ثم فعل ازواج النبي صلى الله عليه وسلم مثل الذي فعلت. و في لفظ لمسلم بل اختار الله و رسوله. و روى الائمة الستة(٤) في كتبهم عن مسروق عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه، فلم يعدده علينا شيئاً. و في لفظ لهما فلم يعد

(١) اخترت - ن - قد اخترت. (٢) او يحتمل الوعد الخ و في العناية ص٤١٥ ج٣ فان هذا مجرد وعد يعني ان ارادت الاستقبال او يحتمله ان لم ترده. (٣) البخاري كتاب الطلاق باب من خير نسائه ص٧٩٢ ج٢ و تفسير سورة الاحزاب ص٧٠٥ ج٢ و مسلم باب بيان ان تخييره المرأة الخ ص٤٧٩ ج١ و نصب الراية ص٢٣٠ ج٣. (٤) و روى الائمة الستة الخ و قد سبق بيانه قريبا.

و لان هذه الصيغة حقيقة في الحال، و تجوز في الاستقبال كما في كلمة الشهادة و اداء الشهادة، بخلاف قولها اطلق نفسي لانه تعذر حمله على الحال، لانه ليس بحكاية عن حالة قائمة، و لا كذلك قولها انا اختار نفسي، لانه حكاية عن حالة قائمة، و هو اختيارها نفسها، و لو قال لها اختاري اختاري

ذلك طلاقاً. (و لان هذه الصيغة حقيقة في الحال، و تجوز في الاستقبال) قال الاترازي فيه نظر، لان اهل اللغة(١) قالوا ان صيغة المضارع مشتركة بين الحال و الاستقبال، و كلامهم فيما يتعلق بالوضع و المشترك يدل على المعنيين جميعاً بسبيل الحقيقة، لكن يترجح احد المعنيين بالدليل، و قد دل على ارادة الحال فيما نحن فيه انتهى. قلت اطلاق النظر فيه غير مسلم، لان فيه خلافاً منهم من قال مثل قول المصنف، و منهم من قال بالعكس، و منهم من قال بالاشتراك، و هو قول مرجوح لان اللفظ اذا دار بين الاشتراك و المجاز، فالمجاز اولى، لان الاشتراك مخل بالفهم، و معنى قول المصنف رحمه الله تعالى حقيقة في الحال يعني بحسب استعمال الشرع و العرف. يقال فلان يختار كذا، و أنا اختار كذا، و يقال انا املك كذا من العبيد وغيرها، و المراد الحال، و اشار الى ذلك بقوله. (كما في كلمة الشهادة، و اداء الشهادة) اي يدل على الحال لفظ اشهد في كلمة الشهادة، و في اداء الشهادة فان لفظ اشهد فيهما يدلان على الحال شرعاً، فان الرجل اذا قال اشهد أن لا اله الا الله، و اشهد ان محمداً عبده و رسوله، يعتبر ذلك منه ايمانا، لا وعداً بالايمان. و كذا الشهادة اذا قال اشهد بكذا فلايعاد الى المجاز (بخلاف قولها) اي قول المرأة (اطلق نفسي)(٢) في الجواب عن قول الزوج اختاري (لانه تعذر حمله على الحال) لان الطلاق ليس من عمل القلب، بل ايجاب و ايقاع بنفس هذه الصيغة لانه اخبار عن معنى ثابت، و هو قوله (لانه ليس بحكاية عن حالة قائمة) اي ثابتة، لان الطلاق يتعلق بالصيغة لا بالقلب، كما ذكرنا، و لهذا لو اراد الطلاق في قلبه لاتطلق (و لا كذلك قوله انا اختار نفسي) اي ليس مثل قولها اطلق نفسي قولها انا اختار نفسي (لانه حكاية عن حالة قائمة و هو اختيار نفسها) لان الاختيار من عمل القلب، فيكون الذكر باللسان حكاية عن امر قائم (و لو قال لها اختاري اختاري،

---

(١) لان اهل اللغة الخ راجع له العناية ص٤١٦ ج٣. (٢) اطلق نفسي الخ و في العناية ص٤١٥ ج٣ بخلاف قولها اطلق نفسي لان الحمل على الحقيقة متعذر اذ ليس ثمة حالة قائمة بالمتكلم يقع قولها اطلق نفسي حكاية عنه من حيث ان الايقاع باللسان دون القلب و لم يصح فعل اللسان حكاية عن فعل قائم باللسان على سبيل الحال لانه معدوم بعد و الحكاية تقتضي وجود المحكي عنه الخ و كذالك في الكفاية.

فقالت اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة طلقت ثلاثا في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالي و لايحتاج الى نية الزوج. و قالا تطلق واحدة، و انما لايحتاج الى نية الزوج لدلالة التكرار عليه، اذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر لهما ان ذكر الاولى و ما يجرى مجراه ان كان لايفيد من حيث الترتيب، و لكن يفيد من حيث الافراد فيعتبر فيما يفيد و له ان هذا وصف لغو. لان المجتمع في الملك لاترتيب فيه، كالمجتمع في المكان و الكلام للترتيب، و الافراد من ضروراته، فاذا لغا في حق الاصل،

فقالت اخترت الاولى او الوسطى و الاخيرة طلقت ثلاثاً في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى و لايحتاج الى نية الزوج) و لا الى ذكر النفس (و قالا) اي ابويوسف و محمد و به قال الشافعي رحمهم الله تعالى (تطلق واحدة) اي طلقة واحدة (و انما لايحتاج الى نية الزوج لدلالة التكرار عليه) اي على الطلاق (اذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر) دون اختيار الزوج (لهما) اي لابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (ان ذكر الاولى و ما يجرى مجراه) اراد به الوسطى و الاخيرة والضمير في مجراه رجع الى ذكر الاولى (ان كان لايفيد من حيث الترتيب و لكن يفيد من حيث الافراد فيعتبر فيما يفيد) اي في الافراد فيبقى الافراد، فكانها(١) قالت اخترت التطليقة الاولى، لان معنى قولها اخترت الاولى اخترت ما صار الى بالكلمة الاولى، و الذي صار اليها بالكلمة الاولى تطليقة، فكانها صرحت بذلك، و في ذلك يقع واحدة، فكذا هنا، و هذا لان الاولى تانيث الاول، و هو اسم لفرد سابق، و الوسطى تانيث الاوسط، و هو اسم لفرد تقدم عليه مثل ما تاخر، و الاخيرة اسم لفرد لاحق، فكان لقولها معنيان الفردية و السبق، فلو بطل معنى السبق الذي يقتضى الترتيب بالاتفاق، فبقي الفرد، فصار كقوله اخترت التطليقة الاولى، فوقعت واحدة. فان قلت(٢) ينبغي ان لايقع هنا شيء، لانه لايقع شيء بلفظ اخترت بدون ذكر النفس او ما يقوم مقامها. قلت هذا اذا لم يكن في لفظ الزوج ما يدل على تخصيص الطلاق، و هنا ما يدل عليه، و هو تكرار لفظ الاختيار (و له) اي و لابي حنيفة رحمه الله تعالى (أن هذا) اشارة الى ذكر الاولى و الوسطى و الاخيرة (وصف لغو لان المجتمع في الملك لاترتيب فيه كالمجتمع في المكان) فان القوم اذا اجتمعوا في مكان لايقال هذا اول و هذا آخر، و انما الترتيب في فعل الاعيان، يقال هذا جاء اولاً و هذا جاء آخراً (و الكلام للترتيب) و هو الاولى و اختاها (و الافراد من ضروراته) اي من ضرورات الكلام. (فاذا لغى) اي الكلام (في حق الاصل) و هو

---

(١) فكانها قالت الخ راجع لهذا المقام الشروح الثلاثة. (٢) فان قلت الخ كذا في الكفاية ص٤١٧ ج٣.

لغا في حق البناء. و لو قالت اخترت اختيارة فهي ثلاث في قولهم جميعاً، لانها للمرة، فصارت كما اذا صرحت بها. و لان الاختيارة للتأكيد، و بدون التاكيد يقع الثلاث فمع التاكيد اولى و لو قالت قد طلقت نفسي او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة يملك الرجعة لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة، فكأنها اختارت نفسها بعد العدة

الترتيب (لغى في حق البناء) و هو الافراد، لان الترتيب فيه اصل، بدلالة الاشتقاق. و اذا لغى في حقهما بقي قولها اخترت، و هو يصلح جوابا للكل، فيقع الثلاث، قيل(١) فيه نظر من وجهين، احدهما أنه اطلق الكلام على الاولى او الوسطى او الاخيرة، و كل منها مفرد فلايكون كلاما، و الثاني أن الاولى اسم لفرد سابق، فكان الافراد اصلا و الترتيب بناء لكونه يفهم من وصفه. و الجواب عن الاول ان اهل اللغة ربما يطلقون الكلام على المركب من الحروف المسموعة المتميزة، و ان لم يكن مفيداً، و هذا على ذلك الاصطلاح، و يجوز أن يكون مجازاً من باب ذكر الكل و ارادة الجزء. و عن الثاني بأن كلا من ذلك صفة، و الصفة ما دلت على ذات باعتبار معنى، فيكون الاولى دالة على الفرد السابق، و معنى السبق هو المقصود (و لو قالت اخترت اختيارة، فهي ثلاث في قولهم جميعاً) يعني لو قالت المرأة اخترت اختيارة في جواب قول الرجل اختاري اختاري اختاري فهي ثلاث طلقات في قول ابي حنيفة و صاحبيه رحمهم الله تعالى (لانها) اي لان لفظ اختيارة (للمرة، فصار كما اذا صرحت بها) اي بالمرة بان قالت اخترت نفسي مرة في جواب قوله اختاري ثلاث مرات، فكذا اذا ذكرت اللفظ الذي يدل على المرة (و لان الاختيارة للتاكيد) لكونه مصدراً (و بدون التاكيد يقع الثلاث فمع التاكيد اولى) بان يقع الثلاث (و لو قالت قد طلقت نفسي و اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة) اي فهي طلقة واحدة (يملك الرجعة، لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق) اي البينونة (بعد انقضاء العدة) لكونه من الفاظ الصريح، و ما يوجب البينونة بعد انقضاء العدة كان عند الوقوع رجعياً. فان قيل(٢) اذاً لايكون الجواب مطابقا للتفويض، لان المفوض اليها الاختيار، و هو يفيد البينونة. اشار الى الجواب بقوله (فكانها اختارت نفسها بعد العدة) فكان مطابقا من حيث ان الاختيار وجد منها، قيل(٣) قوله يملك الرجعة غلط وقع من الكاتب، لان المرأة انما تتصرف حكماً للتفويض، و التفويض بتطليقة بائنة لكونه من الكنايات، فتملك الابانة لاغير، و الاصح من الرواية فهي

---

(١) قيل الخ كذا في العناية ص٤١٧ ج٣. (٢) فان قيل الخ كذا في العناية. (٣) قيل الخ كذا في العناية و الفتح ص٤١٨ ج٣.

و ان قال لها امرك بيدك في تطليقة او اختاري تطليقة، فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة، لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة و هي معقبة للرجعة.

فصل في الأمر باليد

و ان قال لها امرك بيدك ينوي ثلاثاً فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلاث، لان الاختيار يصلح جواباً للامر باليد

واحدة لايملك الرجعة، لان روايات المبسوط(١) و الجامع الكبير، و الزيادات و عامة نسخ الجامع الصغير، هكذا سوى الجامع الصغير لصدر الاسلام، فانه ذكر فيه مثل ما ذكر في الكتاب. قلت فعلى هذا ينبغي ان يكون المذكور في الجامع الصغير لصدر الاسلام سهواً ايضا من الكاتب و يمكن أن يحمل على تعدد الرواية فيتفق الكل (و ان قال لها امرك بيدك في تطليقة او اختاري تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة و هي معقبة للرجعة) قيل لو كان كذلك كان قوله هذا بمنزلة قوله طلقي نفسك، و قد مر أن قولها اخترت لايصلح جوابا، لقوله طلقي نفسك. و أجيب بان آخر كلامه لما صار تفسيراً للاول كان العامل هو المفسر و المفسر هو الامر باليد و التخيير وقولها اخترت يصلح جواباً له كذا في جامع قاضي خان

(فصل في الامر باليد)(٢)

فصل الامر باليد عن فصل الاختيار، لان ذلك مؤيد باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم اجمعين. (و ان قال لها امرك بيدك) و هذه من مسائل الجامع الصغير (ينوي ثلاثا) اي حال كونه ينوي ثلاث تطليقات قيد بثلاث، لانه اذا لم ينو ثلاثاً يقع واحدة بائنة عندنا، و رجعية عند الشافعي و احمد رحمهم الله تعالى و عند ابي ليلى و مالك رحمهما الله تعالى يقع ثلاث و لايصدق قضاء اذا نوى واحدة، و كذا الخلاف لو نوى الطلاق فقط، و لو نوى ثنتين يقع واحدة عندنا خلافا لمالك والشافعي و احمد رحمهم الله تعالى (فقالت قد اخترت) و في بعض النسخ اخترت بدون لفظ قد (نفسي بواحدة) اي بطلقة واحدة (فهي ثلاث) اي بلا خلاف بين الائمة الاربعة (لان الاختيار) اي قولها اخترت نفسي (يصلح جوابا للامر باليد) اي لقوله أمرك بيدك

---

(١) لان روايات المبسوط الخ و في العناية و الدليل ايضا يساعد ما ذكر في عامة النسخ فانه ذكر في الجامع الصغير لقاضي خان اما وقوع الواحدة فلما قلنا و هو ان التطليقة لاتتناول اكثر من الواحدة و انما تكون بائنا لان العامل تخيير الزوج و الواقع بالتخيير بائن لانه تمليك النفس منها و الرجعي لايثبت ملك النفس انتهى. (٢) الامر باليد الخ راجع البدائع ص١١٣ ج٣.

لكونه تمليكاً كالتخيير و الواحدة صفة الاختيارة، فصارت كانها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة، و بذلك يقع الثلاث. و لو قالت قد طلقت نفسي بواحدة، او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة، لان الواحدة نعت لمصدر محذوف، و هو في الاولى الاختيارة، و في الثانية التطليقة الا انها تكون بائنة، لان التفويض في البائن ضرورة ملكها امرها و كلامها خرج جواباً له فتصير الصفة المذكورة في التفويض مذكورة في الايقاع، و انما تصح نية الثلاث في قوله امرك بيدك، لانه يحتمل العموم و الخصوص،

(لكونه) اي لكون قوله امرك بيدك (تمليكاً) لانه مالك لامرها فيملكها ما هو مملوك له، فيصح قياساً و استحسانا (كالتخيير) اي كما في قوله لها اختاري تمليك لها (و الواحدة) اي الواحدة التي في قولها اخترت نفسي بواحدة، و هو مبتدأ، و قوله (صفة الاختيارة) خبره، اي صفة الاختيار المقدرة، لأن الواحدة صفة فلابد لها من موصوف، و هو لفظ الاختيارة، و التقدير اخترت نفسي باختيارة واحدة (فصارت كانها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة، و بذلك) اي بقوله مرة واحدة (يقع الثلاث)(١) لانها انما تصير مختارة بمرة واحدة، و يجيء مزيد الكلام فيه (و لو قالت قد طلقت نفسي بواحدة او اخترت) اي او قالت اخترت (نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة) و هاتان المسألتان جوابهما واحد، ثم علل ما ذكره من المسائل بقوله (لان الواحدة نعت لمصدر محذوف، و هو) اي المصدر المحذوف (في الاولى) اي في الصورة الاولى او في المسألة الاولى، و هو قولها اخترت نفسي بواحدة، اي باختيارة واحدة (الاختيارة، و في الثانية التطليقة) و هو قولها قد طلقت نفسي بواحدة، اي بتطليقة واحدة (الا انها) اي الا ان التطليقة الواحدة (تكون بائنة، لان التفويض في البائن) أي لان التفويض كائن في البائن، فقوله في البائن خبر أن (ضرورة ملكها امرها) اي لضرورة انه ملكها أمرها، فان تمليكه اياها امرها يقتضي البينونة لكون الامر باليد من الفاظ الكناية (و كلامها) اي و كلام المرأة (خرج جواباً له) اي للتفويض و لكلام الزوج (فتصير الصفة المذكورة في التفويض) يعني البينونة (مذكورة في الايقاع) اي في ايقاع المرأة، لكون كلامها مطابقاً لكلامه (و انما تصح نية الثلاث) اشار به الى الفرق بين الامر باليد و الاختيار، حيث يصح في الاول نية الثلاث، و لايصح في الثاني، فقال انما تصح نية الثلاث (في قوله أمرك بيدك، لانه) اي لان امرك بيدك (يحتمل العموم و الخصوص) فالعموم

---

(١) يقع الثلاث الخ و في العناية ص. ٤٢ ج٣ يقع الثلاث لان معناه اخترت جميع ما فوضت الى اختيارة واحدة و حين نوى الزوج الثلاث فقد فوض اليها ذالك انتهى.

و نية الثلاث نية التعميم، بخلاف قوله اختاري، لانه لايحتمل العموم، و قد حققناه من قبل. و لو قال لها امرك بيدك اليوم و بعد غد لم يدخل فيه الليل، و ان ردت الامر في يومها بطل امر ذلك اليوم و كان بيدها امر(١) بعد غد لانه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسهما لم يتناوله الامر اذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لايتناول الليل، فكانا أمرين، فبرد احدهما لايرتد الآخر. و قال زفر رحمه الله هما أمر واحد بمنزلة قوله أنت طالق اليوم و بعد غد قلنا الطلاق لايحتمل التاقيت، و الامر باليد يحتمله فيوقت الامر بالاول،

في الثلاث، و الخصوص في الواحدة، لان الامر(٢) اسم عام يصلح اسما لكل فعل، فاذا نوى الطلاق صار كناية عن قوله طلاقك بيدك، و الطلاق مصدر يحتمل العموم و الخصوص. (و نية الثلاث نية التعميم، بخلاف قوله اختاري، لانه لايحتمل العموم) لان الاختيار هو الخصوص، و انه لايتنوع، و قد مر فيما مضى، اشار اليه بقوله (و قد حققناه من قبل) اشار به الى ما ذكره في فصل الاختيار، بقوله اذ الاختيار لايتنوع. (و لو قال لها امرك بيدك اليوم و بعد غد لم يدخل فيه الليل) حتى لو اختارت(٣) في الليل لايقع شيء (و ان ردت الامر في يومها بطل امر ذلك اليوم، و كان الامر في يدها بعد الغد، لانه صرح بذكر وقتين) يعني اليوم و بعد غد (بينهما وقت من جنسهما) يعني الغد (لم يتناوله الامر) فانها لو اختارت نفسها في الغد لاتطلق (اذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لايتناول الليل) هذا دليل قوله لم يدخل فيه الليل، و فيه تلبيس(٤) و ان كان ظاهراً (فكانا أمرين) اي فكان الوقتان اللذان بينهما وقت فاصل امرين (فبرد احدهما لايرتد الاخر) يعني اذا ارتد الامر في اليوم لايكون ذلك رداً فيما بعد. (و قال زفر رحمه الله تعالى هما) يعني الامر الذي بيدها اليوم، و الامر الذي بيدها غداً (امر واحد) لانها اذاردت الامر في اليوم لايبقى الامر بعدها في الغد ايضاً، و ذلك (بمنزلة قوله انت طالق اليوم و بعد غد) تكون طلقة واحدة لاثنتين، لكون احدهما معطوفاً على الاخر من غير تكرار لفظ الامر (قلنا الطلاق لايحتمل التاقيت) فكان الطلاق اليوم طلاقاً غداً و بعد غد وغيره (و الامر باليد يحتمله) اي يحتمل التاقيت (فيوقت الامر بالاول) اي لكون الامر موقتا بالوقت الاول، و هو

---

(١) بيدها امر - ن - الأمر بيدها. (٢) لان الامر الخ قال الله تعالى و الامر يومئذ لله اراد به الاشياء كلها العناية. (٣) اختارت اي اختارت نفسها. العناية. (٤) و فيه تلبيس كذا في الاصل، و في العناية فبرد احدهما لايرتد الاخر و هذا دليل كون الامر بيدها بعد غد بعد رده في اليوم و قوله اذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لايتناول الليل دليل قوله لم يدخل فيه الليل و هو كما ترى الادلاج ملبس و ان كان ظاهرا انتهى.

و يجعل الثاني أمراً مبتدأ. و لو قال أمرك بيدك اليوم و غداً يدخل الليل في ذلك، و ان(١) ردت الامر في يومها لايبقى الامر في يدها في الغد(٢) لان هذا أمر واحد، لانه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام و قد يهجم الليل و مجلس المشورة لاينقطع، فصار كما اذا قال أمرك بيدك في يومين. و عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انها اذا ردت الامر في اليوم لها أن تختار نفسها غداً، لانها لاتملك رد الامر كما لاتملك رد الايقاع.

اليوم، حتى يخرج ذلك بمجيء الليل (و جعل الثاني) اي الوقت الثاني و هو قوله و بعد غد (امراً مبتدأ) اي امر آخر ابتداء. و قال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الصغير ذكر ابراهيم بن رستم انه لو قال انت طالق اليوم و غداً طلقت واحدة. و لو قال انت طالق اليوم و بعد غد طلقت طلاقين، فعلى هذه الرواية لايصح قياس زفر رحمه الله تعالى مسألة الامر باليد على مسألة الطلاق (و لو قال امرك بيدك اليوم و غداً يدخل الليل في ذلك) لان الليل المتوسط يدخل تحت الامر (و ان ردت الامر في يومها لايبقى الامر في يدها في الغد، لان هذا امر واحدة، لانه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين) هذا اليوم و الغد (وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام و قد يهجم الليل) اي يدخل من قولك هجمت(٣) على القوم اذا دخلت عليهم هذا لبيان الليل المتخلل بين اليوم و الغد لايكون(٤) قاطعاً للمجلس، و كون الغد قريباً من اليوم حيث لم يدخل بينهما زمان قاطع، فلم يجعلهما مدتين فكان الغد ملحقاً باليوم، لان الاصل في العطف وقوع الشركة فيما تم به المعطوف عليه من غير ان ينفرد العطف بخبر آخر (و مجلس المشورة لاينقطع) الواو للحال و المشورة، بفتح الميم و ضم الشين المعجمة الشورى و جاء فيها فتح الميم و سكون الشين (فصار كما اذا قال امرك بيدك في يومين) حيث يدخل الليل فيهما (و عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى) رواية ابي يوسف رحمه الله تعالى عنه في الامالي، و كذا قال شمس الائمة السرخسي في المبسوط(٥) (انها اذا ردت الامر في اليوم لها ان تختار نفسهاغداً، لانها لاتملك رد الامر كما لاتملك رد الايقاع) بيانه(٦) أن الزوج لو قال لها طلقتك يقع الطلاق، و لاتملك المرأة رد

---

(١) و ان - ن - فيان. (٢) في الغد - ن - في غد. (٣) هجمت الخ في لسان العرب هجم على القوم يهجم هجوما (من باب نصر) انتهى اليهم بغتة و هجم عليهم. دخل و قيل دخل بغير اذن و هجم غيره عليهم و هو هجوم ادخله يتعدى و لايتعدى الخ ملخصا. (٤) لايكون قاطعا الخ و في الكفاية ص٤٢٢ ج٣ يريد به ان تخلل الليلة لايجعلهما مدتين لان القوم قد يجلسون للمشورة فيهجم الليل و لاتنقطع مشورتهم و مجلسهم انتهى. (٥) المبسوط ص٢٢٣ ج٦. (٦) بيانه الخ و في العناية معناه ليس للمرأة ان ترد الامر باليد الذي صدر من زوجها=>

وجه الظاهر انها اذا اختارت نفسها اليوم لايبقى لها الخيار في الغد، فكذا اذا اختارت زوجها برد الامر، لان المخير بين الشيئين لايملك الا اختيار احدهما. و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه اذا قال أمرك بيدك اليوم، و أمرك بيدك غداً انهما امران لما انه ذكر لكل وقت خبراً(١) بخلاف ماتقدم، و ان قال امرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان و لم تعلم بقدومه حتى جن الليل، فلاخيار لها، لان الامر باليد مما يمتد فيحمل

الايقاع، فكذلك لاتملك رد الامر باليد (وجه الظاهر أنها اذا اختارت نفسها اليوم لايبقى لها الخيار في الغد، فكذا اذا اختارت زوجها برد الامر) لانها خيرت بين شيئين اختيارها نفسها و اختيارها زوجها، فاذا اختارت نفسها اليوم خرج الاختيار من يدها في الغد (و ذلك لان ا لمخير بين شيئين لايملك الا اختيار احدهما) لانه لايملكهما جميعاً بل يملك احدهما (و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه اذا قال امرك بيدك اليوم و امرك بيدك غداً انهما امران لما انه ذكر لكل وقت خبراً) حتى اذا ردت الامر اليوم كان لها ان تختار نفسها غداً، لانه لما ذكر لكل وقت خبراً عرف انه لم يرد اشتراك الوقتين في خبر الواحد. و قال(٢) شمس الائمة هذه هي الرواية الصحيحة، و جعل قاضي خان هذه الرواية، اصل الرواية و لم يذكر خلاف أحد (بخلاف ما تقدم) اراد به قوله امرك بيدك اليوم و غداً يعني أن التكرار في الاختيار لم يوجد فلم يتجدد الامر (و لو قال امرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان و لم تعلم بقدومه حتى جن الليل)(٣) اي اظلم، يقال جن عليه الليل جنونا، و يقال جنه الليل و اجنه الليل بمعنى، و اجنان الليل ادلهمامه، و قال ابن السكيت، و يروى جنون الليل، اي شدة ما يستره من ظلمته (فلا خيار لها، لان الامر باليد مما يمتد فيحمل

=> بان تقول لا اقبل كما انه ليس لها ان ترد الايقاع الذي اوقعه زوجها عليها بقوله انت طالق و اذا كان كذالك كان الامر باقيا في الغد كما كان و كان لها ان تختار نفسها غدا انتهى و نحوه في الكفاية. (١) خبرا – ن – خبرا على حدة. (٢) قال شمس الائمة الخ كذا في العناية و نحوه في الفتح ص٤٢٣ ج٣. (٣) جن الليل – و في الصحاح للجوهري جن عليه الليل يجن بالضم (باب نصر) و يقال ايضا جنه الليل و اجنه الليل بمعنى و قال ابن السكيت و يروى جنون الليل اي ما ستر من ظلمته و في اللسان جن الشيء يجنه جنا (باب نصر) ستره و جنه الليل و جن عليه (باب نصر) جنونا و اجنه ستره....... و جن الليل (بكسر الجيم) و جنونه (بضم الجيم) و جنانه (بفتح الجيم) شدة ظلمته و ادلهمامه (كاقشعرار) و قيل اختلاط ظلامه و يروى جنون الليل اي ما ستر من ظلمته. يقال جن عليه الليل و اجنه الليل اذا اظلم حتى يستره بظلمته و يقال جنه الليل. جن عليه الليل و اجنه الليل الخ ملخصا.

اليوم المقرون به على بياض النهار، و قد حققناه من قبل، فيتوقت به ثم ينقضي بانقضاء وقته، و اذا جعل امرها بيدها او خيرها فمكثت يوماً و لم تقم فالامر في يدها مالم تاخذ في عمل آخر، لان هذا تمليك التعليق منها، لان المالك من يتصرف برأى نفسه، و هي بهذه الصفة و التمليك يقتصر على المجلس و قد بيناه من قبل، ثم اذا(١) كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك، و ان كانت لاتسمع فمجلس علمها و بلوغ الخبر اليها، لان هذا تمليك فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس و لايعتبر مجلسه لان التعليق لازم في حقه، بخلاف البيع، لانه تمليك محض و لايشوبه التعليق،

اليوم المقرون به) اي بالامر باليد (على بياض النهار) فحينئذ لايبقى لها الخيار بعد الغروب لانقضاء مدة الامر. و قال الرافعي اذا قال انت طالق يوم يقدم فلان، فقدم ليلا لاتطلق. و منهم من حكم بوقوعه و حمل اليوم على مطلق الزمان كقولنا، و اذا لم يعلم بقدومه حتى جن الليل خرج وقت خيارها فلايبقى بعده (و قد حققناه من قبل) اي في آخر فصل اضافة الطلاق الى الزمان (فيتوقت به) اي فيتوقت الامر باليد ببياض النهار (ثم ينقضي بانقضاء وقته) اي ثم ينقضي وقت الامر باليد بانقضاء بياض النهار (و اذا جعل امرها بيدها) يعني اذا قال امرك بيدك (او خيرها) اي او قال اختاري نفسك (فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها) يعني فلها الخيار في المجلس (ما لم تاخذ في عمل آخر) لان الاخذ في عمل آخر دليل الاعراض (لان هذا) اي جعل الامر باليد (تمليك التعليق منها) اي من المرأة، و ليست بابانة (لان المالك من يتصرف برأى نفسه، و هي) اي المرأة (بهذه الصفة) اي تتصرف برأي نفسها (و التمليك يقتصر على المجلس و قد بيناه من قبل) يعني في فصل الاختيار في قوله التمليكات تقتضي جواباً في المجلس كما في البيع (ثم ان كانت تسمع) يعني هذا الذي ذكرنا فيما اذا كانت المرأة حاضرة تسمع (فيعتبر مجلسها ذلك، و ان كانت) غائبة (لاتسمع فمجلس علمها) اي فيعتبر حينئذ مجلس علمها (و بلوغ الخبر اليها لان هذا) اي الامر باليد (تمليك فيه معنى التعليق) لانه تعليق الطلاق باختيارها نفسها (فيتوقف علي ما وراء المجلس و لايعتبر مجلسه) اي مجلس الزوج حتى اذا قام بعد أن جعل اليها الامر لايبطل خيارها (لان التعليق لازم في حقه) و لهذا ليس له أن يرجع و يفسخ الخيار (بخلاف البيع) حيث يعتبر مجلس البائع و المشتري، حتى أن ايهما قام عن المجلس قبل قبول الآخر بطل البيع (لانه) اي البيع (تمليك محض و لايشوبه التعليق) و بهذا

---

(١) اذا - ن - ان.

و اذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول و مرة بالاخذ في عمل آخر على ما بيناه في الخيار، و يخرج الامر من يدها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض اذ القيام يفرق الراى بخلاف ما اذا مكثت يوماً لم تقم و لم تاخذ في عمل آخر، لان المجلس قد يطول و قد يقصر فيبقى الى ان يوجد ما يقطعه او يدل(١) على الاعراض، و قوله مكثت يوماً ليس للتقدير به،

اذا رجع احدهما عن كلامه قبل قبول الآخر فله ذلك (و اذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول) الى مجلس آخر (و مرة بالاخذ في عمل آخر على ما بيناه في الخيار) و هو قوله ان مجلس الاكل غير مجلس المناظرة، و مجلس القتال غيرهما (و يخرج الامر من يدها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض، اذ القيام يفرق الراى بخلاف ما اذا مكثت يوما و لم تقم) اي حال كونها لم تقم عن مجلسها (و لم تاخذ في عمل آخر، لان المجلس قد يطول و قد يقصر فيبقى) أي المجلس (الى أن يوجد ما يقطعه او ما يدل على الاعراض) و قطع المجلس بقيامها عنه، و الاعراض باخذها في عمل آخر، سواء كان دينياً او دنياوياً، و كان القياس أن يكون لها الخيار ابداً لاطلاق الامر، و لكنه ترك و اخذ بالاستحسان لاجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم بقولهم للمخيرة المجلس(٢) (و قوله) اي قول الجامع الصغير (مكثت يوماً ليس للتقدير به) اي ليس لتقدير الخيار باليوم بل المراد منه المكث الدائم، سواء كان قليلاً او كثيراً ما لم يوجد ما يدل على الاعراض، و في المغني(٣) للحنابلة الامر باليد لايقتصر على المجلس بقول علي رضي الله تعالى عنه حتى الكل، و قال ابن قدامة لانعرف له مخالفاً في ذلك، فيكون اجماعاً، و لانه توكيل في الطلاق فيكون على التراخي كما لو جعله في يد اجنبي. قلت دعواه الاجماع غير صحيح، لان قول جماعة من الصحابة و التابعين رضي الله تعالى عنهم أن لها الخيار ما دامت في مجلسها فمن الصحابة رضي الله تعالى عنهم عمر بن الخطاب و عثمان بن عفان و عبدالله بن مسعود و جابر وغيرهم رضي الله تعالى عنهم و من التابعين ابراهيم و مجاهد و عطاء و عمرو بن دينار و طاووس و الشعبي رحمهم الله تعالى و أحرز ذلك كله ابن ابي شيبة في مصنفه(٤) و قال اصحابنا هم اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم و عدم علمه مخالفاً لعلي رضي الله تعالى

---

(١) يدل - ن - ما يدل. (٢) للمخيرة المجلس الخ و قد مضى بيان خيار المجلس للمخيرة في اول باب تفويض الطلاق مفصلا و مبرهنا راجع البناية ص٤ ج٧. (٣) المغنى ص٢٨٨ ج٨. (٤) ابن ابي شيبة في مصنفه ص٦٢ ج٥ و نصب الراية ص٢٢٩ ج٣.

و قوله ما لم تاخذ في عمل آخر يراد به عمل يعرف انه قطع لما كانت(١) فيه لامطلق العمل، و لو كانت قائمة فجلست فهي على خيارها، لانه دليل الاقبال فان القعود اجمع للرأي، و كذا اذا كانت قاعدة فاتكأت او متكئة فقعدت، لان هذا انتقال من جلسة الى جلسة فلايكون اعراضاً كما اذا كانت مجتبئة فتربعت. قال و هذا(٢) رواية الجامع الصغير، و ذكر في غيره انها اذا كانت قاعدة فاتكأت لاخيار لها، لان الاتكاء اظهار التعاون بالامر، فكان اعراضاً، و الاول هو الاصح، و لو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه

عنه لايستلزم عدم علم غيره و لان اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم الى خلاف ذلك مع عدم شهرة ما نسب الى علي رضي الله تعالى عنه، و قوله انه توكيل غير صحيح، لانه تمليك عند الائمة، و قوله كما لو جعله في يد اجنبي باطل، لانه يقتصر على المجلس في الاجنبي أيضاً، الا اذا كان وكيلا عنه (و قوله) اي قول محمد رحمه الله تعالى (ما لم تاخذ في عمل آخر يراد به عمل يعرف به انه قطع لما كان فيه) اي قطع المجلس الذي كان المجلس واقعاً فيه ذكر الشيء و اللام في لما زائدة، كما في قوله تعالى ردف لكم أي ردفكم (لامطلق العمل) اي ليس مراد محمد مطلق العمل، حتى لو لبست ثيابها من غير قيام او اكلت او شربت او قرأت قليلاً من القرآن او ما اشبه ذلك ما هو من عمل الفرقة، فكانت هي على خيارها، و هذا كما يكون في قوله امرك بيدك، يكون في قوله اختاري، و في قوله طلقي نفسك (و لو كانت قائمة فجلست فهي على خيارها، لانه دليل الاقبال، فان القعود اجمع للرأي) للتمكن فيه (و كذا اذا كانت قاعدة فاتكأت او متكئة) اي او كانت متكئة (فقعدت، لان هذا انتقال من جلسة الى جلسة فلايكون اعراضاً كما اذا كانت مجتبئة فتربعت) يقال اجتبى الرجل اذا جمع ظهره و ساقيه بعمامة او يديه (قال) اي المصنف رحمه الله تعالى (هذا) اي هذا الذي قلنا من كونها على خيارها فيما اذا كانت قاعدة، فاتكأت (رواية الجامع الصغير) لان الاتكاء نوع جلسة، فكانها كانت متربعة، فاجتبأت او كانت مجتبئة فتربعت (و ذكر في غيره) اي في غير الجامع الصغير، و هي رواية الاصل (انها اذا كانت قاعدة، فاتكأت لا خيار لها لان الاتكاء اظهار التهاون بالامر، فكان اعراضاً) و ذكر المرغيناني لو كانت قاعدة فاتكأت، قال الحلواني لايبطل خيارها في ظاهر الرواية، و في الذخيرة عن ابي يوسف رحمه الله تعالى يبطل (و الاول هو الاصح)(٣) اي رواية الجامع الصغير اصح من رواية غيره (و لو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه

---

(١) كانت -ن- كان. (٢) و هذا -ن- هذا (٣) اصح لان من حزبه امر قد يستند لاجل التفكر لان الاستناد =>

روايتان عن ابي يوسف رحمه الله تعالى و لو قالت ادعو(١) أبي أستشير او شهوداً اشهدهم فهي على خيارها، لان الاستشارة لتحري الصواب و الاشهاد للتحرز عن الانكار، فلايكون دليل الاعراض و ان كانت تسير على دابة او في محمل فوقفت فهي على خيارها و ان سارت بطل خيارها، لان سير الدابة و وقوفها مضاف اليها و السفينة بمنزلة البيت، لان سيرها غير مضاف الى راكبها، الا ترى انه لايقدر على ايقافها و راكب الدابة يقدر.

فصل في المشيئة

روايتان عن ابي يوسف رحمه الله تعالى) في رواية الحسن بن زياد عنه، قال لايبطل خيارها. و في رواية الحسن بن ابي مالك يبطل، و به قال زفر و في المحيط و هو ظاهر الرواية. (و لو قالت ادع أبي) اي لو قالت المرأة لخادمها او لاحد ادع ابي، اي اطلبه (استشير) اي اطلب منه الرأي في أمري (او شهوداً) اي او قالت ادع لي شهوداً (اشهدهم فهي على خيارها، لان الاستشارة لتحري الصواب و الاشهاد للتحرز عن الانكار، فلايكون دليل الاعراض) و في الذخيرة و المرغيناني ان لم تجد احدا يدعو لها الشهود فقامت بنفسها و لم تنتقل لتدعو بالشهود، قيل لايبطل خيارها لعدم ما يدل على الاعراض، و قيل يبطل لتبدل المجلس (و ان كانت تسير على دابة او في محمل فوقفت فهي على خيارها، و ان سارت بطل خيارها، لان سير الدابة و وقوفها مضاف اليها) لانها تجري حسب سوق الراكب و مسيرها دليل الاعراض، و اذا قادها الجمال و هما فيه لايبطل، و لايبطل بالنزول عن الدابة، بخلاف القعود عن القيام، و كذا لو كانت قائمة فركبت او راكبة، فانتقلت الى دابة اخرى بطل، و لو اخبرت بالسفينة ينبغي ان تقول اخترتها (و السفينة بمنزلة البيت) يعني انها اذا سارت لايبطل خيارها (لان سيرها غير مضاف الى راكبها، الاترى انه لايقدر على ايقافها، و راكب الدابة يقدر) لان السفينة لايجريها راكبها، بل تجري براكبها، قال الله تعالى و هي تجري بهم في موج كالجبال فلم يدل على اعراض المرأة، و لكن كلما يبطل في البيت يبطل الخيار في السفينة، سواء كان عمل الدنيا او عمل الآخرة.

(فصل في المشيئة)

اي هذا فصل في بيان المشيئة، قال الجوهري المشيئة الارادة، قال ابن الاثير(١) مهموزة الارادة،

=> و الاتكاء سبب للراحة كالقعود في حق القائم و لانه نوع جلسة فلايتغير به الثابت للجالس انتهى و نحوه في العناية و الكفاية. (١) ادعو - ن - ادع. (٢) ابن الاثير في النهاية و في لسان العرب المشيئة الارادة. شئت الشيء اشاؤه شيئا و مشيئة و مشاءة (بفتح الميم) و مشاية (بفتح الميم و الياء بعد الالف) اردته و الاسم =>

و من قال لامرأته طلقي نفسك و لا نية له، او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية و ان طلقت نفسها ثلاثاً و قد اراد الزوج ذلك وقعن عليها و هذا لان قوله طلقي، معناه افعلي فعل الطلاق(١) و هو اسم جنس فيقع على الادنى مع احتمال الكل، كسائر اسماء الاجناس، فلهذا تعمل فيه نية الثلاث، و ينصرف الى واحدة عند

و قد شئت الشيء اشاؤه، و يقال المشيئة مصدر كالمسير و المجيء، قلت مصدر في الاصل، و لكنه استعمل استعمال الاسم، و هو اسم للوجود عند اهل السنة و الفرق بين المشيئة و الارادة ان المشيئة عامة، و الارادة ليست كذلك، حتى لو قال الزوج شئت طلاقك و نوى يقع، بخلاف قوله اردت طلاقك فلايقع، و لو نواه لانه لايبنى على الوجود (و من قال لامرأته طلقي نفسك و لانية له) اي و الحال انه لاينوي الطلاق (او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي، فهي واحدة رجعية، و ان طلقت نفسها ثلاثاً و قد اراد الزوج ذلك) اي و الحال ان الزوج اراد الثلاث (وقعن عليها) اي وقعت الثلاث على المرأة، سواء طلقت نفسها ثلاثاً جملة او متفرقة، و لو نوى ثنتين لايصح، و فيه خلاف الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى و عن الظاهرية لايجوز ايقاعها، و توكيل غيره بالطلاق و لااضافة الطلاق الى الزمان المستقبل. و قال الاكمل(٢) ترجم الفصل بالمشيئة فكان الابتداء فيه بمسألة فيها ذكر المشيئة اولى. و قال الاترازي النظر الى المشيئة ليس من المسألة التي ابتدأها ذكر المشيئة، ثم اجاب بقوله المشيئة، و ان كانت غير مذكورة لفظاً مذكورة معنى، لان قوله طلقي نفسك تفويض الطلاق اليها بمشيئتها و اختيارها، و لهذا يقتصر على المجلس، انتهى. قلت فيه بعد جداً، و الفقهاء لايراعون هذه الاشياء، لان مقصودهم بيان المسائل بالدلائل مع قطع النظر عن التركيب الوضعي. (و هذا) اي وقوع الواحدة في المسألة الاولى و الثلاث في المسألة الثانية (لان قوله طلقي معناه افعلي فعل التطليق(٣) و هو) اي التطليق (اسم جنس) لانه مصدر يحتمل ادنى الجنس و كله (فيقع على الادنى) و هو الواحدة (مع احتمال الكل كسائر اسماء الجنس، و لهذا) اي و لاجل ان التطليق اسم جنس (تعمل فيه) اي في قوله طلقي (نية الثلاث) لانه يحتمل و يقع بالنية (و ينصرف الى واحدة) اي طلقة واحدة (عند

=> الشيئة عن اللحياني. التهذيب المشيئة مصدر شاء يشاء مشيئة و قالوا كل شيء بشيئة الله بكسر الشين مثل شيعة اي بمشيئة انتهى. (١) الطلاق - ن - التطليق. (٢) الاكمل في العناية ص٤٢٧ ج٣. (٣) افعلى فعل التطليق. و في الكفاية طلقي مختصر من افعلى فعل التطليق و المختصر من الكلام كالمطول و قد صحت نية الثلاث في المطول فكذا في المختصر انتهى.

عدمها، و تكون الواحدة رجعية، لان المفوض اليها صريح الطلاق، و هو رجعي، و لو نوى الثنتين لايصح(١) لانه نية العدد الا اذا كانت المنكوحة أمة، لانه جنس في حقها، و ان قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت، و لو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق، لان الابانة من الفاظ الطلاق، الا ترى انه لو قال ابنتك ينوي به الطلاق، او قالت أبنت نفسي فقال الزوج أجزت ذلك بانت فكانت موافقة للتفويض في الاصل الا انها زادت فيه وصفاً، و هو تعجيل الابانة فيلغو الوصف الزائد

عدمها) اي عند عدم النية (و تكون الواحدة رجعية لان المفوض اليها صريح الطلاق، و هو رجعي) و صريح الطلاق يعقب الرجعة (و لو نوى الثنتين لايصح) و قال زفر و الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى يصح (لان نية العدد) اي لان ما نواه نية العدد و الثنتان غير عدد، لان العدد(٢) ما كان نصف مجموع حاشيتيه (الا اذا كانت المنكوحة أمة) اي الا اذا كانت امرأته أمة (لانه) اي لان الثنتين، و انما ذكر الضمير باعتبار المذكور و التقدير، لان لفظ الثنتين (جنس في حقها) اي في حق الامة لقوله عليه الصلوة و السلام طلاق الامة ثنتان(٣) (و أن قال لها طلقي نفسك، فقالت ابنت نفسي طلقت) اي رجعية لان المفوض رجعي و قد أتت بزيادة وصف و هو البينونة، فيلغو ذلك (و لو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق، لان الابانة من الفاظ الطلاق) فصلحت جوابا لقول الرجل طلقي نفسك، بخلاف ما اذا قالت اخترت نفسي، لان الاختيار ليس من الفاظ الطلاق (ألا ترى) اشار به الى ايضاح الفرق بين المسألتين (انه) اي ان الزوج (لو قال) اي لامرأته (ابنتك ينوى به الطلاق، او قالت ابنت نفسي فقال الزوج قد اجزت ذلك بانت) اي بانت المرأة بتطليقة بائنة (فكانت موافقة للتفويض في الاصل) اي كانت المرأة موافقة لتفويض الرجل في الاصل بقولها أبنت نفسي في اصل الطلاق دون وصفه، و هو البينونة فيثبت الاصل بموافقتها، و يلغو الوصف لمخالفتها، و هو معنى قوله (الا انها زادت فيه) اي في التفويض، و يجوز ان يقال في الجواب (وصفاً، و هو تعجيل الابانة(٤) فيلغو الوصف الزائد) و

---

(١) لايصح – ن – لاتصح. (٢) لان العدد الخ كذا في كشاف اصطلاحات الفنون ص٩٥٠ ج٢ و في تعريف العدد اقوال اخر و التفصيل في كشاف اصطلاحات الفنون. (٣) طلاق الامة ثنتان و قد مضى تخريجه في البناية ص٣٥٠ ج٦ عن نصب الراية ص٢٢٦ ج٣. (٤) تعجيل الابانة الخ و في العناية و هو تعجيل الابانة لان الرجعة انما تفيد الابانة بعد انقضاء العدة فاما ان يبطل الاصل لاجل ما زيد فيه من الوصف او يلغو الوصف لرعاية الاصل و الغاء الوصف لتصحيح الاصل اولى فيصار اليه الخ.

و ثبت(١) الاصل كما اذا قالت طلقت نفسي تطليقة بائنة و ينبغي ان يقع(٢) تطليقة رجعية، بخلاف الاختيار لانه ليس من الفاظ الطلاق، الا ترى انه لو قال لامرأته اخترتك، او اختاري ينوي الطلاق لم يقع، و لو قالت ابتداء اخترت نفسي فقال الزوج اجزت لايقع شيء الا انه عرف طلاقا بالاجماع اذا حصل جواباً للتخيير، و قوله طلقي نفسك ليس بتخيير فيلغو، و عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه لايقع شيء بقولها أبنت نفسي، لانها أتت بغير ما فوض اليها، اذ الابانة تغاير الطلاق،

هو البينونة (و يثبت الاصل) و هو وقوع الطلاق الرجعي (كما اذا قالت) في جواب طلقي نفسك (طلقت نفسي تطليقة بائنة) فانها زادت وصفا فيلغو الوصف و يثبت الاصل (و ينبغي ان تقع تطليقة رجعية) يعني في قولها أبنت نفسي في جواب قول الرجل طلقي نفسك، و انما قال بلفظ ينبغي(٣) لان هذه المسألة من خواص الجامع الصغير، و محمد رحمه الله تعالى لم ينص فيه على الرجعي، بل قال هي طالق، و لفظ محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمهما الله تعالى في رجل يقول لامرأته طلقي نفسك، فتقول أبنت نفسي، قال هي طالق. (بخلاف الاختيار) متعلق بقوله لان الابانة من الفاظ الطلاق (لانه) اي لان لفظ الاختيار (ليس من الفاظ الطلاق) ثم اوضح ذلك بقوله (الا ترى انه لو قال لامرأته اخترتك او اختاري نوى الطلاق لم يقع، و لو قالت ابتداء) اي من اول الامر (اخترت نفسي فقال الزوج قد اجزت لايقع شيء) لانه ليس من الفاظ الطلاق (الا انه عرف طلاقاً) استثناء من قوله بخلاف الاختيار، لانه ليس من الفاظ الطلاق و الاستثناء منقطع بمعنى لكن (بالاجماع) اي باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم كما مر(٤) بيانه (اذا حصل جوابا للتخيير) بان يقول اختاري، فتقول هي اخترت نفسي (و قوله طلقي نفسك ليس بتخيير) بان يقول اختاري (فيلغو) و لايصلح قولها اخترت جواباً له (و عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه لايقع شيء بقولها ابنت نفسي، لانها اتت بغير ما فوض الزوج اليها اذ الابانة تغاير الطلاق) لانها تحصل بدون الطلاق، فيكون مغايراً له، فما أتت بما فوض اليها، و كذا في سائر الفاظ الكنايات، و به قال ابن جيران من اصحاب الشافعي رحمه الله

(١) ثبت - ن - يثبت. (٢) يقع - ن - تقع. (٣) ينبغي الخ و في الكفاية هذا شرح لاطلاق جواب محمد رحمه الله تعالى و هو قوله طلقت فان محمدا رحمه الله تعالى لم يتعرض لوصف الابانة فكان رجعيا نظرا الى الاطلاق و هو المتيقن انتهى و في العناية انما قال هكذا تفسيرا لكلام محمد رحمه الله تعالى فانه قال طلقت و لم يتعرض لشيء آخر و أرى انه مستغنى عنه لان كونها رجعية يعلم من قوله فيلغو الوصف الزائد و يثبت الاصل انتهى.
(٤) مر بيانه اي في اوائل باب تفويض الطلاق.

و ان(١) قال لها(٢) طلقي نفسك فليس له أن يرجع عنه، لان فيه معنى اليمين، لانه تعليق الطلاق بتطليقها، و اليمين تصرف لازم، و لو قامت عن مجلسها بطل، لانه تمليك، بخلاف ما اذا قال لها طلقي ضرتك، لانه توكيل و انابة فلايقتصر على المجلس و يقبل الرجوع. و ان قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها ان تطلق نفسها في المجلس و بعده، لان كلمة متى عامة في الاوقات كلها، فصار كما اذا قال في اي وقت شئت،

تعالى (و ان قال لها طلقي نفسك فليس له ان يرجع عنه) اذا طلقت نفسها بعد اذنها يقع الطلاق، و به قال مالك و ابن جيران من اصحاب الشافعي رحمهم الله تعالى و عند الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى يملك الرجوع، لان فيه معنى التوكيل و التمليك، و باعتبار التوكيل صح الرجوع كما في سائر التوكيلات، و باعتبار التمليك يصح الرجوع قبل القبول كما في سائر التمليكات (لان فيه) اي في قوله طلقي نفسك (معني اليمين، لانه تعليق الطلاق بتطليقها) فيكون يميناً، لان الطلاق مما يحلف، و في كل تعليق معنى اليمين لما فيه من المنع و الحمل (و اليمين تصرف لازم) لايقع الرجوع باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم لان اليمين يعقد للزجر و الحل على وجه التاكيد، فلو طلبت الرجوع ما أفادت فائدتها (و لو قامت عن مجلسها بطل) اي قوله طلقي نفسك (لانه تمليك) لانها تتصرف لنفسها لا لغيرها، فيقتصر على المجلس (بخلاف ما اذا قال لها طلقي ضرتك، لانه توكيل و انابة، فلايقتصر على المجلس و يقبل الرجوع) لان فيه نوع سند على الموكل، و في ذلك ضرر عليه، فيجوز دفع ذلك الضرر عن نفسه بالرجوع (و ان قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها ان تطلق نفسها في المجلس و بعده) اي بعد المجلس، و لا خلاف للائمة الاربعة رحمهم الله تعالى فيه (لان كلمة متى عامة في الاوقات كلها) فلايملك الرجوع، خلافاً للشافعي و احمد رحمهما الله تعالى (فصار كما اذا قال في اي وقت شئت) اي فصار هذا كما اذا قال لها طلقي نفسك في اي وقت شئت، فيعم. و قال الاترازي هذه من مسائل القدوري رحمه الله تعالى لفظه بعينه الا أنها وقعت مكررة في الهداية، لان صاحب الهداية، ذكرها بعد هذا قريباً من ورقة عند قوله اذا قال لها انت طالق اذا شئت، و ذكر ثمة وضع الجامع الصغير، و ذكر هنا وضع القدوري كان ينبغى ان يذكرهما في موضع، اما هنا، و اما ثمة فان قال القائل(٣) التمليك في هذه الصورة موجود اولاً، فان كان الثاني لايقدر على الطلاق، و ليس كذلك، و ان كان الاول يقتصر على المجلس لكونه لازم التمليك. و اجيب بان

---

(١) و ان -ن- و لو. (٢) قال لها طلقي -ن- قال طلقي (٣) فان قال القائل الخ كذا في العناية ص٤٢٩ ج٣.

و اذا قال لرجل طلق امرأتي فله ان يطلقها في المجلس و بعده و له ان يرجع، لانه توكيل و انه استعانة فلايلزم و لايقتصر على المجلس، بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك، لانها عاملة لنفسها، فكان تمليكا لا توكيلاً. و لو قال لرجل طلقها ان شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة، و ليس للزوج أن يرجع. و قال زفر رحمه الله هذا و الاول سواء، لان التصريح بالمشيئة كعدمه، لانه يتصرف عن مشيئته، فصار كالوكيل بالبيع اذا قيل له بعه ان شئت. و لنا انه تمليك، لانه علقه بالمشيئة، و المالك هو الذي يتصرف عن مشيئته، و الطلاق يحتمل التعليق، بخلاف البيع، لانه

الاقتصار على المجلس من احكام التمليك، و قد يتاخر الحكم المانع كما في شرط الاختيار، و هي طريقة تخصص العلة و موضعه الاصول (و اذا قال لرجل طلق امرأتي فله ان يطلقها في المجلس و بعده، و له ان يرجع، لانه توكيل و انه استعانة، فلايلزم و لايقتصر على المجلس) اما جواز التطليق للوكيل فلانه اقامه مقام نفسه، و اما جواز ذلك بدون قيد المجلس، فلان الوكيل اجنبي و قد يقدر على ان يعين الوكيل في المجلس، و قد لايقدر فلم يقتصر على المجلس، و اما جواز رجوعه عن ذلك فظاهر من كلام المصنف رحمه الله تعالى (بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك، لانها عاملة لنفسها، فكان تمليكاً لا توكيلا) فليس له الرجوع عن قوله (و لو قال لرجل طلقها إن شئت فله ان يطلقها في المجلس خاصة، و ليس للزوج الرجوع. و قال زفر رحمه الله تعالى هذا) اي هذا الحكم (و الاول) اي القول الاول، و هو قوله لاجنبي طلق امرأتي بدون ذكر مشيئة (سواء) في الحكم، و به قال اصحاب الشافعي رحمهم الله تعالى (لان التصريح بالمشيئة كعدمه) لانها لغو (لانه) اي لان الرجل الذي قال له طلق امرأتي ان شئت (يتصرف عن مشيئته) لا محالة(١) (فصار) اي حكم هذا (كالوكيل بالبيع) يعني اذا وكل رجلا ببيع شيء (اذا قيل له) يعني اذا قال له (بعه إن شئت) يكون توكيلا لا تمليكاً، و لايخرج كلامه ذكر المشيئة عن التوكيل فكذا هذا (و لنا انه) اي قول الزوج للرجل (تمليك، لانه علق بالمشيئة، و المالك هو الذي يتصرف عن مشيئته، و الطلاق يحتمل التعليق) على وجه الشرط فيصح ذكر المشيئة، و يعتبر لازما (بخلاف البيع) اي بخلاف التوكيل بالبيع، لانه ذكر المشيئة على وجه الشرط فلايمشى (لانه) اي

---

(١) لامحالة و في العناية لانه يتصرف عن مشيئته لان الفعل الاختياري لايتحقق بدونها و فعله اختياري و اذا تساويا كان الثاني توكيلا كالاول و صار كما لو قال للوكيل بالبيع بع ان شئت فان ذكر المشيئة لايخرج التوكيل الى التمليك انتهى.

لايحتمله. و لو قال لها طلقي نفسك ثلاثاً فطلقت واحدة فهي واحدة، لانها ملكت ايقاع الثلاث، فتملك ايقاع الواحدة ضرورة. و لو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثاً لم يقع شيء، عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يقع واحدة، لانها أتت بما ملكته و زيادة. فصار كما اذا طلقها الزوج ألفاً. و لابي حنيفة رحمه الله تعالى(١) أنها اتت بغير ما فوض اليها، فكانت مبتدأة، و هذا لان الزوج ملكها الواحدة، و

لان البيع (لايحتمله) اي لايحتمل الشرط، يعني ليس من مقتضيات البيع فلايصح ذكر المشيئة، و بدون ذكر المشيئة لايصير لازما، و بقولنا قال الثوري و الليث. و قيل(٢) الوكيل يتصرف عن مشيئته و اختياره. قلنا نشأ ذلك الاختيار عن عدم نفاذ الزام الامر عليه، لعدم الولاية لا من الصيغة، لان الصيغة ملزمة اذا صدرت عن ذي ولاية، فمتى قال لاجنبي ان شئت فالمشيئة جاءت من الصيغة صريحاً، و اثبت خاصية المالكية، فكان هذا الكلام تمليكا لا الزاماً (و لو قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهي واحدة) بالاتفاق، و به قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى و قال مالك رحمه الله تعالى لايقع شيء، لانها أتت بغير ما فوض اليها (لانها ملكت ايقاع الثلاث) اي ثلاث تطليقات بمقتضى كلامه (فتملك ايقاع الواحدة ضرورة) لان من يملك الكل يملك اجزاءه (و لو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لم يقع شي عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى) و به قال زفر و مالك رحمهما الله تعالي (و قالا) اي ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يقع واحدة) و به قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى (لانها) اي لان المرأة (اتت بما ملكته و زيادة) عطفاً على قوله - بما - و هذا لان الواحدة موجودة في الثلاث، فصارت كما اذا قالت طلقت نفسي واحدة و واحدة و واحدة. و كما اذا قال لها طلقي نفسك فطلقت نفسها و ضرتها، او قال لعبده اعتق نفسك فاعتق نفسه و صاحبه. و كذا لو قال لاجنبي بع عبدي هذا فباعه مع عبد آخر، فالذي فوض اليها يقع، و ما زاد على ذلك لغو. (فصار كما اذا طلقها الزوج ألفاً) فان الثلاث الذي يفوض اليها شرعاً يقع، و الباقي لغو لانه لايملكه شرعاً (و عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انها أتت بغير ما فوض اليها، فكانت مبتدأة) في كلامها لامجيبة لكلام الزوج (و هذا) اشار به الى توضيح ذلك بقوله (لان الزوج ملكها الواحدة، و

---

(١) و لابي حنيفة رحمه الله تعالى حاصله انه لما اشتغلت بغير ما فوض اليها اعرضت عنه فتكون رادة التفويض و لما ردته خرج الامر من يده و لم تبق مالكة للطلاق فلايصح ايقاعها لاقصدا و لاضمنا حاشية الهداية من الهداد. (٢) و قيل الخ راجع له الكفاية ص٤٣٠ ج٣ و العناية.

الثلاث غير الواحدة، لان الثلاث اسم لعدد مركب مجتمع، والواحدة فرد لاتركيب فيه، فكانت بينهما مغايرة علي سبيل المضادة، بخلاف الزوج، لانه يتصرف بحكم الملك، و كذا هي في المسألة الاولى، لانها ملكت الثلاث،

الثلاث غير الواحدة، لان الثلاث اسم لعدد مركب مجتمع، و الواحدة فرد لا تركيب فيه، فكانت بينهما) اي بين الواحدة و الثلاث (مغايرة على سبيل المضادة) لان الواحدة ليست بمركبة، و الثلاث مركب من الآحاد، و الثلاث عدد، و الواحدة ليس بعدد، بخلاف قولها واحدة و واحدة و واحدة، لانها بالكلام الاول تكون ممتثلة لما فوض اليها، و في الكلام الثاني و الثالث مبتدأة، و كذا لو ردت على نفسها و ضرتها. فان قيل فكذلك هنا بقولها طلقت نفسي ممتثلة لو اقتصرت عليه، و تكون مبتدأة بقولها ثلاثا فتلغو الزيادة. قلنا الطلاق متى قرن بالعدد كان الوقوع بالعدد و الا لم يقع الثلاث على غير الموطوءة بقوله انت طالق ثلاثاً، و الحال انه يقع ثلاثا بالاجماع، و كذا لو ماتت قبل قولها ثلاثا لايقع الثلاث. فان قيل قد ذكر من المبسوط(١) في اول فصل الامر باليد ان الزوج اذا قال لها امرك بيدك و نوى الواحدة و هي طلقت نفسها ثلاثا يقع واحدة عندنا، خلافا لابن ابى ليلى، فعلى ما ذكره ابو حنيفة رحمه الله تعالى ينبغي ان لايقع شيء، لانها اتت بغير ما فوض اليها، لان الثلاث غير الواحدة. قلنا التفويض لم يتعرض لشيء فقد يكون خاصاً، و قد يكون عاما فاذا نوى الواحدة فقد قصد تفويضا خاصاً، و هو غير مخالف للظاهر، فلما اوقعت ثلاثا فقد وافقته فيما هو اصل للتفويض، و هو لايكون اقل من الواحدة، فتقع الواحدة فان قيل مذهبنا(٢) ان الواحدة لا عين العشرة و لاغيرها، فينبغي ان يقع من حيث انها لا غير الثلاث. قلنا المغايرة بين اسماء الاعداد اصلها و نفسها فوق المغايرة بين الفاظ العموم و الخصوص جرى مجرى المجاز بين العام و الخاص، و لايجري بين اسماء الاعداد، لانها بمنزلة الاعلام، فيقال ستة ضعف ثلاث بغير تنوين للعلمية و التانيث، و لايجوز اطلاق لفظ الثلاث على غيرها لابطريق الحقيقة و لابطريق المجاز فعلم ان المغايرة بينهما ثابتة من كل وجه. و أما قولنا لاغيرها فباعتبار عدم تصور الاكثر منها بدون الاول منه، و هذا الاعتبار لايقدح ثبوت المغايرة بينهما بحسب العرف و الاستعمال، مع ان الواحد في العشرة الموجودة، و اما الثلاث هاهنا فمعدوم، و الواحد الموجود غير الثلاث المعدوم لامحالة (بخلاف الزوج لانه يتصرف بحكم الملك و كذا هي) اي المرأة (في المسألة الاولى) اي و كذا تصرفت بحكم الملك في المسألة الاولى، و هي فيما اذا طلقت نفسها واحدة. و قد قال لها طلقي نفسك ثلاثا (لانها ملكت الثلاث)

---

(١) المبسوط للسرخسي ص٢٢٠ ج٦. (٢) فان قيل مذهبنا الخ راجع له العناية و الفتح.

أما هاهنا لم تملك الثلاث و ما أتت بما فوض اليها فلغا، و ان أمرها بطلاق يملك الرجعة فطلقت بائنة، او امرها بالبائن فطلقت رجعية وقع ما أمر به الزوج، فمعنى الاول ان يقول لها الزوج طلقي نفسك واحدة أملك الرجعة فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة فتقع رجعية، لانها أتت بالاصل و زيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف و يبقى الاصل، و معنى الثانية أن يقول لها طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية فتقع بائنة لان قولها واحدة رجعية لغو منها، لان الزوج لما عين صفة المفوض اليها فحاجتها بعد ذلك الى ايقاع الاصل دون تعيين الوصف، فصار كانها اقتصرت على الاصل فيقع بالصفة التي عينها الزوج بائناً او رجعياً.

فكانت مالكة للواحدة لان الثلاث تدل على الواحدة تضمنا، بخلاف ما اذا امرها بالواحدة و قد بانت بالثلاث لان الواحدة لا دلالة لها على الثلاث لا حقيقة و لا مجازاً، لعدم التضمن و الالتزام، فكانت المرأة مخالفة فلم يقع شيء (أما هاهنا) اي في قوله طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلاثا (لم تملك الثلاث، و ما أتت بما فوض اليها فلغا) لعدم الموافقة بين قوله و جوابها (و ان امرها بطلاق يملك الرجعة) اي و ان أمر الزوج امرأته بان تطلق نفسها بطلاق حال كونه يملك الرجعة فيه (فطلقت بائنة) اي فطلقت نفسها طلقة بائنة (او امرها بالبائن) اي او امرها بان تطلق نفسها طلقة بائنة (فطلقت رجعية) اي طلقة رجعية (وقع ما امر به الزوج، فمعنى الاول) و هو قوله بطلاق يملك (ان يقول لها الزوج طلقي نفسك واحدة أملك الرجعة، فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة فتقع رجعية) بالنصب عطفا على الحال من الضمير الذي في تقع، او من المجرور، اعني قوله بالصفة، اي تقع الطلقة بالصفة التي عينها بائنة، قلت هذا كله تعسف. و لو قال بائنة منصوب على انه صفة الواحدة لسلم من هذا التعسف تقع رجعية (لانها اتت بالاصل) اي باصل الطلاق (و زيادة وصف) اي و أتت ايضا بزيادة وصف، و هو قولها - بائنة - (كما ذكرنا) عند قوله لانها اتت بما ملكت و زيادة (فيلغو الوصف) و هو البينونة (و يبقى الاصل) اي اصل الطلاق (و معنى الثاني) و في بعض النسخ و معنى الثانية، اي المسألة الثانية (ان يقول لها طلقي نفسك واحدة بائنة، فتقول) بالنصب ايضا عطف على ان يقول (طلقت نفسي واحدة رجعية فتقع بائنة، لان قولها واحدة رجعية لغو منها، لان الزوج لما عين لها صفة المفوض فحاجتها بعد ذلك الى ايقاع الاصل دون تعيين الوصف، فصار كانها اقتصرت على الاصل، فيقع بالصفة التي عينها الزوج بائنا او رجعيا) لان الزوج فوض اليها ذات الطلاق مع الوصف، و انها اتت بما فوض

و ان قال لها طلقي نفسك ثلاثاً ان شئت فطلقت واحدة لم يقع شيء، لان معناه ان شئت الثلاث و هي بايقاع الواحدة ما شاءت الثلاث فلم يوجد الشرط و لو قال لها طلقي نفسك واحدة ان شئت فطلقت ثلاثاً، فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لان مشيئة الثلاث ليست بمشيئة للواحدة كايقاعها. و قالا يقع واحدة لان مشيئة الثلاث مشيئة للواحدة، كما ان ايقاعها ايقاع للواحدة فوجد الشرط. و لو قال لها انت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت، فقال شئت ينوي الطلاق بطل الامر، لانه علق طلاقها بالمشيئة المرسلة و هي أتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط، و هو اشتغال(١) بما لايعنيها، فخرج الامر من يدها، و لايقع الطلاق بقوله شئت و ان نوى الطلاق، لانه ليس في كلام المرأة ذكر الطلاق ليصير الزوج شائياً طلاقها، و النية لاتعمل في غير المذكور،

اليها و خالفت في الوصف، فثبت الاصل دون الوصف (و ان قال لها طلقي نفسك ثلاثا ان شئت فطلقت واحدة لم يقع شيء) و به قال الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى (لان معناه ان شئت الثلاث، و هي بايقاع الواحدة ما شاءت الثلاث، فلم يوجد الشرط) لان قوله ان شئت شرط فلابد له من الجزاء او لم يذكر بعد فكان جزاءه ما ذكر قبل الشرط، و المذكور قبل الشرط ثلاث، فصار كما اذا قال ان شئت الثلاث، و بايقاع الواحدة ما شاءت الثلاث، بل شاءت الواحدة و لم يوجد الشرط، فلم يقع شيء (و لو قال لها طلقي نفسك واحدة ان شئت فطلقت ثلاثا فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى) اي لم يقع شيء و به قال اصحاب الشافعي رحمهم الله تعالى (لان مشيئة الثلاث ليست بمشيئة للواحدة كايقاعها) اي كايقاع الواحدة فيما لو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلاثاً لم يقع شيء عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لما بيناه (و قالا يقع واحدة، لان مشيئة الثلاث مشيئة للواحدة، كما ان ايقاعها) اي ايقاع الثلاث (ايقاع للواحدة فوجد الشرط) و ترتب عليه الجزاء، و هو وقوع الواحدة (و لو قال لها انت طالق ان شئت، فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوى الطلاق بطل الامر) يعني لايقع الطلاق (لانه علق طلاقها بالمشيئة المرسلة) يعني غير المعلقة بشيء (و هي اتت بالمعلقة) يعني المرأة اتت بالمشيئة المعلقة بمشيئة الزوج (فلم يوجد الشرط و هي) اي المرأة (أشتغلت بما لايعنيها) بمخالفتها زوجها (فخرج الامر من يدها) لوجود دليل الاعراض (و لايقع الطلاق بقوله شئت و ان نوى الطلاق، لانه ليس في كلام المرأة ذكر الطلاق ليصير الزوج شائيا طلاقها، و النية لاتعمل في غير المذكور) لان النية تعمل في الملفوظ

---

(١) و هو اشتغال – ن – و هي اشتغلت.

حتى لو قال شئت طلاقك يقع اذا نوى، لانه ايقاع مبتدأ، اذ المشيئة تنبئ عن الوجود، بخلاف قوله اردت طلاقك، لانه لاينبئ عن الوجود

لا في غيره، و الطلاق ليس بمذكور الا في قوله شئت ان شئت، فلايقع شيء (حتى لو قال شئت طلاقك يقع اذا نوى لانه ايقاع مبتدأ، اذ المشيئة تنبئ عن الوجود) لانها ماخوذة من الشيء، و الشيء اسم للموجود، فكان قوله - شئت - بمعنى اوجدت، (بخلاف قوله اردت طلاقك) لانه، اي لان لفظ اردت (لاينبئ عن الوجود) لان معنى الارادة عبارة عن الطلب، قال عليه الصلوة و السلام الحمى(١) رائد الموت، اي طالبه، و قال الاكمل(٢) فان قيل ذهب علماؤنا في اصول الدين ان الارادة و المشيئة واحدة، فما هذه التفرقة، فالجواب يجوز ان يكون بينهما تفرقة بالنسبة الى العباد، و التسوية بالنسبة الى الله تعالى، لان ما شاء الله كائن لامحالة و كذا مايريده بخلاف العباد، انتهى. قلت هذا الذي ذكره من الفوائد الظهيرية. و قال الكاكي فان قيل لان الله تعالى طلب الايمان من فرعون و أبى جهل و امثالهما بالامر، و لم يوجد منهم و طلب التقوى من جميع المؤمنين و لم يوجد من اكثرهم. قلنا الطلب من الله تعالى على نوعين طلب التكليف، و طلب لاتعلق له باختيار العبد، و هو المسمى بالمشيئة و الارادة و الوجود من لوازمها، اذ لو لم يكن للزم العجز، و هو منزه عنه، بخلاف العباد. قال شيخي العلامة هذا ما اشير اليه في عامة الكتب في بيان هذه المسألة، و لكنه مشكل، لان ما ذكروه يشير الى ان الايجاد هو المعنى الاصلي للمشيئة، و ليس كذلك. فان المشيئة مفسرة في اكثر كتب اللغة بالارادة لا بالايجاد، و مستعملة في القرآن والحديث، و في تراكيب كلام الناس بمعنى الارادة دون الايجاد، قال الله تعالى و يغفر ما دون ذلك لمن يشاء و يدخل من يشاء في رحمته. و قال عليه الصلوة و السلام ان شئت(٣) ان تقوم فقم، و إن شئت ان تقعد فاقعد و اطال الكلام و ملخصه ان القائل يقول شئت طلاقك لايرى الايقاع جعل الذي هو بمعنى الوجود مصدراً، و اخذ منه الفعل، لان المشيئة مصدر شاء بمعنى اراد فهذا الطريق يحتمل ان يكون المشيئة بمعنى الايجاد، و شئت بمعنى اوجدت، فلان الايجاد محتمل هذا اللفظ لايوجد، فيحتاج الى النية، بخلاف الارادة فانها لاتحتمل معنى الايجاد فلايقع به الطلاق و ان نوى، لان النية لم تصادف محلاً، كما في قولك

---

(١) الحمى الخ و تمامه الحمى رائد الموت و سجن الله في الارض ذكر في موسوعة اطراف الحديث النبوي الشريف ص٥٨٤ ج٤ بحوالة مجمع الزوائد للهيثمي ص٩٥ ج٥ و كنز العمال ٦٧٤٣ و عسر ذالك. (٢) الاكمل في العناية ص٤٣٣ ج٣ و بسط المحقق ابن الهمام رحمه الله تعالى الكلام في هذا نعم. (٣) ان شئت الحديث ابوداود باب التشهد ص١٤٦ ج١ و التفصيل في البناية ص١٦٦ ج٢ اوائل صفة الصلوة

و كذا اذا قالت شئت ان شاء أبي او شئت ان كان كذا لامر لم يجيء بعد لما ذكرنا أن الماتي به مشيئة معلقة، فلايقع الطلاق و بطل الامر، و ان قالت

هويت طلاقك و احببت طلاقك. و في المبسوط(١) و لو قال لها شائى الطلاق ينوي به الطلاق، فقالت شئت فهي طالق، و إن لم يكن له نية لاتطلق. و لو قال(٢) لها اريدي الطلاق او اهوى الطلاق، فقالت قد فعلت، كان باطلاً و ان نوى لان الارادة من العبد نوع تمن. فلو قالت تمنيه لايقع، و هذا لان المشيئة في صفات المخلوقين الزم من الارادة و الهوى لغة. الاترى ان المشيئة لاتذكر مضافة الى غير العقلاء، و قد تذكر الارادة، قال الله تعالى فوجدا فيها جداراً يريد ان ينقض فاقامه و ليس الى الجدار من الارادة شيء و فيه تامل و قال الاترازي هذا الذي قالوه من الفرق بين الارادة و المشيئة ضعيف، لان من اهل اللغة كالجوهري و صاحب الديوان وغيرهما لم يفرقوا بينهما، قال الجوهري في الصحاح(٣) في كتاب الالف المهموز المشيئة الارادة. و قال في باب الدال الارادة هي المشيئة، و كذا قال في الديوان و قد صرح اصحابنا في كتب الكلام ان لافرق عند اهل السنة بين الارادة و المشيئة و قول شمس الائمة ان المشيئة لاتذكر مضافة الى غير العقلاء فيه نظر، لان ابن السكيت(٤) انشد في الاصلاح.

يا مرحبا بحمار عفرا اذا اتى قربته لما يشا ... من الشعير و الحشيش و الما

و شرحه ابو محمد بن الحسن بن عبدالله السيراني الزيرج و هو مشهور عند اهل اللغة و اسناد الارادة الى الحمار مجاز، و كلامنا في الحقيقة، و لانسلم ان المشيئة لاتستعمل في مثل ذلك مجازاً، و قد فسروا الارادة بتخصيص احد المقدورين بالوجود، فتكون هي ايضا مبنية على الوجود، ثم يقع الطلاق بقوله شئت طلاقك بالاتفاق، فينبغي ان يقع بقوله اردت طلاقك أيضا، لانهما مترادفان سواء في المعنى، يؤيده ما ذكره في خلاصة الفتاوي بقوله و قال في المنتقى و في القياس كل ذلك سواء انتهى. و الحاصل ان لانتبع كلام شمس الائمة الذي في الاصل و قد ذكرناه (و كذا اذا قالت شئت اذا شاء أبي او شئت ان كان كذا لامر لم يجيء بعد) اي و كذا لايقع الطلاق ايضا في هاتين الصورتين، قوله - لامر لم يجيء بعد - نحو قولها شئت اذا دخل الى الدار و نحوه (لما ذكرنا ان المأتى به مشيئة معلقة) و الزوج فوض اليها بمشيئة مرسلة، فبطل الامر من يدها (فلايقع الطلاق، و بطل الامر) لانها خالفت زوجها فيما فوض اليها (و ان قالت

---

(١) المبسوط للسرخسي ص٢٠١ ج٦. (٢) و لو قال لها اريدي الخ كذا في الكفاية ص٤٣٤ ج٣. (٣) الصحاح و كذالك في اللسان و غير ذالك من كتب اللغة. (٤) ابن السكيت الخ كذا في فتح القدير ٤٣٤ ج٣ و فيه و هو من شواهد القصر الممدود الخ.

قد شئت ان كان كذا لامر قد مضى طلقت، لان التعليق بشرط كائن تنجيز. و لو قال لها أنت طالق اذا شئت او اذا ما شئت او متى شئت او متى ما شئت فردت الامر لم يكن رداً، و لا يقتصر على المجلس اما كلمة متى و متى ما فلانهما للوقت، و هي عامة في الاوقات كلها، كانه قال في اي وقت شئت فلايقتصر علي المجلس بالاجماع، و لو ردت الامر لم يكن رداً، لانه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت، فلم يكن تمليكاً قبل المشيئة حتى يرتد بالرد، و لاتطلق نفسها الا واحدة، لانها تعم الا زمان دون الافعال، فتملك التطليق في كل زمان

قد شئت ان كان كذا لامر قد مضى طلقت) يعني اذا علقت مشيئتها بامر ماض، بان قالت ان كان ابي في الدار و هو في الدار يقع الطلاق (لان التعليق بشرط كائن تنجيز) يعني في الحال لاتعليق، كقوله انت طالق ان كان السماء فوقنا. فان قيل يرد(١) على هذا حلف الرجل و قال هو يهودي ان فعل كذا، و هو يعلم انه فعل حيث لايحكم بكفره، فلو كان التعليق بشرط كائن تنجيزا لكان كافراً، و أجيب بانه لا يرد انه لايكفر على ما روى عن محمد بن مقاتل الرازي انه يكفر فاطرد الاصل، و لئن سلمنا انه لايكفر على ما روى عن ابن شجاع. و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى ايضا فنقول انما لايكفر، لان الكفر انما يكون تبديل الاعتقاد، و هو بهذا الكلام لم يقصد تبديل الاعتقاد بل قصد ان يصدق في مقالته، او نقول هذا و امثاله كناية عن اليمين عرفاً، فيحمل عليها تحامياً عن تكفير المسلم (و لو قال لها انت طالق اذا شئت، او اذا ما شئت او متى شئت او متى ما شئت فردت الامر لم يكن رداً) فلها ان تطلق نفسها واحدة بعد ذلك (و لايقتصر على المجلس) بالاجماع، حتى اذا قامت من المجلس او اخذت في عمل آخر او كلام آخر، فلها ان تطلق نفسها واحدة لاغير، ثم شرع في بيان كيفية الامر في هذه الصور المذكورة بقوله (اما كلمة متى و متى ما فلانهما للوقت و هي عامة في الاوقات كلها) اي كلمتا متى و متى ما عامة، فتعم الاوقات كلها، و ليست لتعميم الفعل، فلم يكن ردها رداً، لان الزوج فوض اليها الطلاق في اي وقت شاءت (كانه قال في اي وقت شئت فلايقتصر على المجلس بالاجماع) لعموم الوقت (و لو ردت الامر لم يكن رداً، لانه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت) فاي وقت شاءت تطلق نفسها فيه (فلم يكن تمليكاً قبل المشيئة حتى يرتد بالرد و لاتطلق نفسها الا واحدة لانها) لان كلمة متى (تعم الازمان دون الافعال، فتملك التطليق في كل زمان) لعموم متى في

---

(١) فان قيل يرد الخ كذا في الشروح الثلاثة لاسيما في الفتح.

و لا تملك تطليقاً بعد تطليق. و اما كلمة اذا و اذاما فهي(١) و متى سواء عندهما و عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ان كان(٢) يستعمل للشرط كما يستعمل للوقت، لكن الامر صار بيدها فلايخرج بالشك و قد مر من قبل، و لو قال لها انت طالق كلما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثاً لان كلمة كلما توجب تكرار الافعال

الازمان (و لاتملك تطليقاً بعد تطليق) حاصله لاتملك الا تطليقة واحدة متى شاءت، لانا قلنا ان متى لتعميم الوقت، لا لتعميم الفعل. (و اما كلمة اذا و اذاما فهما و متى سواء عندهما) اي عند ابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (و عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ان كانت يستعمل للشرط كما يستعمل للوقت، لكن الامر صار بيدها فلايخرج الامر بالشك)(٣) فان قلت(٤) يحمل على الشرط هنا تصحيحاً للرد. قلت انما يحمل على الشرط اذا صدر الرد ممن وجب ان صدر عنه التعليق، لان ارادة الشرط تختص بمن كان التعليق منه لا بمن صدر الرد منه، فلهذا لايحمل على الشرط تصحيحاً فان قلت في قوله - اذا شئت و متى شئت - ينبغي ان لايبقى لها المشيئة بعد القيام عن المجلس و اذا انقطع المجلس بقوله لا اشاء، لان المفوض اليها مشيئة واحدة، حتى لايبقى لها المشيئة مرة اخرى بعد قوله شئت واحدة، كما في قوله ان شئت فانت طالق فقالت لا اشاء، قيل في جوابه الثابت بها مشيئة واحدة في حق الحنث، لان الحنث تعليق بايجاد مشيئة واحدة، لان البر تعلق بنفي مشيئة نكرة، فان قوله - ان شئت - يقتضي مشيئة، فالبر بنفي هذه المشيئة و النكرة في النفي تعم، و في الاثبات تخص، و اذا كانت النكرة تعم في النفي فانما يتم البر بنفي المشيئة، و لم يوجد فتبقى اليمين (و قد مر من قبل) يعني في فصل اضافة الطلاق الى الزمان في قوله - انت طالق اذا لم اطلقك - (و لو قال لها انت طالق كلما شئت، فلها ان تطلق نفسها واحدة بعد واحدة، حتى تطلق نفسها ثلاثاً) هذه من مسائل الجامع الصغير، و صورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمهم الله تعالى في رجل قال لامرأته انت طالق كلما شئت، قال لها ان تطلق نفسها و ان قامت من مجلسها او اخذت في عمل آخر او كلام آخر واحدة بعد واحدة، حتى تطلق نفسها ثلاثاً (لان كلمة كلما توجب تكرار الافعال) و الدليل عليه قوله تعالى كلما نضجت جلودهم فلما كان كذلك لها مشيئة بعد مشيئة

---

(١) فهي - ن - فهما. (٢) ان كان - ن - و ان كان. (٣) بالشك يعني لو نظرنا الى كونه للشرط يخرج الامر من يدها بالقيام كما في قوله ان شئت و لو نظرنا الى كونه للوقت لايخرج فلايخرج. العناية و الكفاية. (٤) فان قلت الخ كذا في الكفاية عن الفوائد الظهيرية.

الا ان التعليق ينصرف الى الملك القائم، حتى لو عادت اليه بعد زوج آخر و طلقت نفسها لم يقع شيء، لانه ملك مستحدث، و ليس لها ان تطلق نفسها ثلاثاً في كلمة(١) واحدة، لانه توجب عموم الأفراد لا عموم الاجتماع. فاذا كان كذلك(٢) فلا تملك الايقاع جملة و جمعاً. ولو قال لها انت طالق حيث شئت او اين شئت لم تطلق حتى تشاء. و ان قامت من مجلسها فلامشيئة لها، لان كلمة حيث و اين من اسماء المكان، و الطلاق لاتعلق له بالمكان فيلغو و يبقى ذكر مطلق المشيئة

الى ان تستوفي الثلاث (الا ان التعليق) اي غير ان التعليق، و هو قوله انت طالق كلما شئت (ينصرف الى الملك القائم) يعني في عصمته (حتى لو عادت اليه بعد زوج آخر و طلقت نفسها لم يقع، لانه ملك مستحدث) يعني متجدد بعد الملك القائم بالزوج الاول (و ليس لها) اي لهذه المرأة التي قال لها زوجها أنت طالق كلما شئت (أن تطلق نفسها ثلاثا بكلمة واحدة لانها) اي لان كلمة كلما (توجب عموم الافراد) اي فردا فرداً لا جملة (لا عموم الاجتماع) اي لاتوجب عموم الاجتماع بان تطلق نفسها ثلاثا بكلمة واحدة بان تقول طلقت نفسي ثلاثاً، (فاذا كان) يعني كلمة كلما (كذلك فلاتملك) اي المرأة (الايقاع) اي ايقاع الطلاق (جملة و جمعاً) قيل(٣) معناهما واحد، و قيل اراد بالجملة ان تقول طلقت نفسي ثلاثاً، و اراد بالجمع ان تقول طلقت و طلقت، و الاول اصح (و لو قال لها انت طالق حيث شئت او أين شئت لم تطلق حتى تشاء) لانه علق وقوع الطلاق في الحقيقة بالشرط، لان حيث و أين من الظروف المكانية، و لاتعلق للطلاق بالمكان، لان الواقع في مكان واقع في جميع الامكنة، فيصير ذكر المكن لغواً، فبقي الطلاق معلقا للشرط تشبيهاً فلايقع حتى تشاء، فكانه قال انت طالق ان شئت (و ان قامت من مجلسها فلامشيئة لها) كما في قوله انت طالق ان شئت (لان كلمة حيث و أين من اسماء المكان) كلمة حيث للمكان اتفاقاً. و قال الاخفش رحمه الله تعالى و قد ترد للزمان، و يلزم الاضافة الى الجملة اسمية كانت او فعلية، و ندرت اضافتها الى المفرد، و ان اتصلت بما الكافة ضمنته معنى الشرط، و كلمة اين سؤال عن المكان و ان قلت أين زيد فانما تسأل عن مكانه (والطلاق لاتعلق له بالمكان فيلغو) اي يلغو ذكر حيث و أين (و يبقى ذكر مطلق المشيئة) فكانه قال انت طالق ان شئت

---

(١) في كلمة – ن – بكلمة. (٢) قوله فاذا كان كذالك ليس في بعض النسخ. (٣) قيل الخ و في العناية قيل معناهما واحد و قيل الجملة هو ان تقول طلقت نفسي ثلاثا و الجمع ان تقول طلقت واحدة و واحدة و واحدة هذا هو الظاهر.

فيقتصر على المجلس بخلاف الزمان، لان له تعلقاً به، حتى يقع في زمان دون زمان فوجب اعتباره خصوصاً و عموماً. و ان قال لها انت طالق كيف شئت طلقت تطليقة يملك الرجعة، معناه قبل المشيئة فان قالت قد شئت واحدة بائنة او ثلاثاً. و قال الزوج ذلك نويت فهو كما قال، لان عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيئتها و ارادته، اما اذا ارادت ثلاثاً و الزوج(١) اراد واحدة

(فيقتصر على المجلس) كما في قوله انت طالق ان شئت. فان قلت اذا لغى(٢) ذكر المكان فيبقى قوله انت طالق شئت، فينبغي ان يقع الطلاق كما لو قال انت طالق دخلت الدار، فانه يقع الطلاق الساعة فمن أين فيهما معنى الشرط. قلت قالوا ان حيث و أين يفيدان ضربا من التاخير، و حرف الشرط ايضا يفيد ضربا من التاخير فيشتركان في معنى التاخير، فيجعلان مجازاً عن حرف الشرط. فان قلت اذا جعلا مجازاً عن اذا، فلايبطل بالقيام عن المجلس، فلم لم يجعلا مجازاً عن اذا. اجيب بان جعلهما مجازاً عن ان اولى لتمحضها في معنى الشرط، فكانت اصلا في الباب و الاعتبار بالاصل اولى من غيره (بخلاف الزمان، لان له تعلقاً به) اي لان للطلاق تعلقا بالزمان، لان الزمان جزء داخل في ماهية الفعل، ليدل فعل الطلاق على الزمان (حتى يقع في زمان دون زمان) يعني يقع في زمان مستقبل دون زمان ماض (فوجب اعتباره) اي اعتبار الزمان (خصوصاً) كما لو قال انت طالق غداً (او عموماً) لو قال انت طالق في اي وقت شئت، و انتصابهما على التمييز من اعتباره، و عامله الفعل، اعني وجب (و ان قال لها انت طالق كيف شئت(٣) طلقت تطليقة يملك الرجعة) قوله يملك الرجعة جملة من الفعل و الفاعل و المفعول وقعت صفة لقوله تطليقة و قوله (معناه) اي معنى قول محمد رحمه الله تعالى لانه ذكرالمسألة في الجامع الصغير. و قال طلقت تطليقة يملك الرجعة فيها (قبل المشيئة) اي قبل مشيئة المرأة اما اذا شاءت المرأة الواحدة البائنة او الثلاث يقع ذلك اذا نواه الزوج و هو معنى قوله (فان قلت قد شئت واحدة بائنة) يعني عقيب قوله انت طالق كيف شئت (أو) اي او قالت شئت (ثلاثاً) اي ثلاث طلقات (و قال الزوج ذلك نويت) اي و الحال قال الزوج نويت ما قالته المرأة من البينونة بالواحدة او بالثلاث (فهو كما قال) اي فالامر كما قال الزوج (لان عند ذلك) اي لان عند قول الزوج ذلك نويت (تثبت المطابقة بين مشيئتها و ارادته) اي بين مشيئة المرأة و ارادة الزوج فيكون الواقع على ما ذكر (أما اذا ارادت ثلاثا) اي ثلاث طلقات (و الزوج واحدة

---

(١) و الزوج اراد واحدة -ن- و الزوج واحدة. (٢) لغا الخ كذا في الشروح الثلاثة للهداية. (٣) كيف شئت =>

بائنة او على القلب تقع واحدة رجعية، لانه لغا تصرفها لعدم الموافقة، فبقي ايقاع الزوج، و ان لم تحضره(١) النية يعتبر(٢) مشيئتها فيما قالوا جرياً على موجب التخيير قال رحمه الله تعالى قال في الاصل هذا قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما لايقع ما لم توقع المرأة فتشاء رجعية او بائنة او ثلاثاً، و على هذا الخلاف

بائنة) اي و اراد الزوج طلقة واحدة بائنة (او على القلب) بان اراد المرأة واحدة بائنة، و اراد الزوج ثلاثاً (تقع واحدة رجعية لانه لغى تصرفها لعدم الموافقة) اي المطابقة بين قولها و قول الزوج (فبقي ايقاع الزوج) يعني في قوله انت طالق كيف شئت، لانه اصل الطلاق، فلا يعتد بوصفه (و ان لم يحضره النية) يعني اذا لم ينو الزوج شيئا (تعتبر مشيئتها) فيقع ما شاءت سواء شاءت الواحدة البائنة او الثلاث (فيما قالوا) اي فيما قال المتاخرون (جرياً على موجب التخيير) لان الزوج خيرها في وصف الطلاق بقوله كيف شئت فيجرى على موجب تخييره، و انما قال المصنف فيما قالوا لانه لم يرد فيه نص من المتقدمين. قال الاترازي و الظاهر انه يقع الرجعي اذا لم ينو الزوج شيئا على اشارة الجامع الصغير، لانه وقع الواحدة البائنة او الثلاث بمشيئتها اذا نوى الزوج، فعلم انه اذا لم ينو شيئا لايقع البائن و الثلاث، فيبقى ايقاع اصل الطلاق، و هو الرجعي. (قال) اي المصنف رحمه الله تعالى (قال في الاصل) اي قال محمد رحمه الله تعالى في المبسوط (هذا قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى) اي المذكور من الاحكام المذكورة قول ابي حنيفة رحمه الله تعالي، انما قال المصنف ذلك لان محمداً رحمه الله تعالى لم يذكر الخلاف في الجامع الصغير، و انما ذكره في الاصل (و عندهما لايقع ما لم توقع المرأة) يعني لايقع شيء ما لم تشأ المرأة (فتشاء) اي المرأة (رجعية) اي تطليقة رجعية (او بائنة) اي او تشاء بائنة (او ثلاثاً) اي او تشاء ثلاث تطليقات و الحاصل انها مخيرة بين هذه الاشياء. فان قيل كيف يباح لها ان تطلق نفسها ثلاثاً، و الزوج لايسعه ان يطلقها ثلاثاً. اجيب بانه يجوز ان يكون المراد بقوله ان شاءت نفسها ثلاثا بمشيئة القدرة لا مشيئة الاباحة، كما في قوله تبارك و تعالى، فمن شاء فليؤمن و من شاء فليكفر على انه روى عن الحسن بن زياد عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى ان ذلك يباح لها في التخيير، و في الفوائد الظهيرية لو طلقت نفسها ثلاثاً على قولهما او ثنتين على قول ابي حنيفة لايكره، لانها مضطرة الى ذلك، لانها لو فرقت خرج الامر من يدها، بخلاف ما لو اوقع الزوج ذلك (و على هذا الخلاف) اي الخلاف المذكور بين ابي حنيفة و صاحبيه رحمهم الله

=> الخ راجع البحر ص٣٦٩ ج٣ و المبسوط للسرخسي ص٢٠٦ ج٦ و البدائع ص١٢١ ج٣. (١) لم تحضره – ن – لم يحضره. (٢) يعتبر – ن – تعتبر.

العتاق، لهما انه فوض التطليق اليها على اي صفة شاءت، فلابد من تعليق أصل الطلاق بمشيئتها ليكون لها المشيئة في جميع الاحوال، اعني قبل الدخول و بعده. و لابي حنيفة رحمه الله تعالى ان كلمة كيف للاستيصاف، يقال كيف أصبحت و التفويض في وصفه يستدعي وجود اصله، و وجود الطلاق بوقوعه، و ان قال لها أنت طالق كم شئت او ما شئت طلقت نفسها ما شاءت، لانهما يستعملان للعدد، فقد فوض اليها أيّ عدد شاءت،

تعالى (العتاق) يعني اذا قال لعبده انت حر كيف شئت يعتق عبده في الحال و لا مشيئة له و عندهما لايعتق قبل المشيئة، و به قال الشافعي رحمه الله تعالي (لهما) اي لابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (انه فوض التطليق اليها على اي صفة شاءت، فلابد من تعليق اصل الطلاق بمشيئتها) لانه اذا لم يتعلق اصله لايقع كيف شاءت، لان الوصف لا يتحقق بدون الاصل (ليكون لها المشيئة في جميع الاحوال) و قد فسره بقوله (اعني قبل الدخول و بعده) فلايقع الطلاق بدون مشيئتها عندهما كما في قوله انت طالق ان شئت او كم شئت او حيث شئت او اين شئت. (و لابي حنيفة رحمه الله تعالى ان كلمة كيف للاستيصاف) اي للسؤال عن وصف الشيء (يقال كيف اصبحت) اي صحيح ام بك تشويش و هو اسم و يستعمل(١) على وجهين، احدهما ان يكون شرطاً نحو كيف تصنع اصنع و الثاني هو الغالب فيه ان يكون استفهاماً حقيقياً نحو كيف زيد و غير حقيقي نحو قوله تعالى كيف تكفرون بالله، فانه اخرج مخرج التعجب، فانه كان وضع كيف لسؤال الحال، لان الذات كان لوصف الطلاق في البينونة العدد متعلقاً بالمشيئة دون اصله، و لكن في غير المدخول بها لا مشيئة لها بعد وقوع اصل الطلاق، لحصول البينونة. و في المدخول بها يقع ما شاءت اذا وافقت نية الزوج. و اذا خالفت يقع الطلاق الرجعي. (و التفويض في وصفه) اي وصف الطلاق (يستدعي وجود اصله) اي اصل الطلاق، لان الوصف قائم به (و وجود الطلاق بوقوعه) اي بوقوع الطلاق فان قلت لما كان تفويضاً في وصفه الى مشيئتها، فيجب ان يكون في مستقبله في اثبات ما شاءت بلانية الزوج، كما في سائر التفويضات. اجيب بان ابابكر الرازي ذكر ان لها المشيئة في اثبات وصف البينونة او الثلاث بلانية الزوج، و ما ذكر في الكتاب قول الجصاص (و ان قال لها انت طالق كم شئت او ما شئت طلقت نفسها ما شاءت لانهما) اي لان كم و ما (يستعملان للعدد، فقد فوض اليها اي عدد شاءت) اما كم فانه كناية عن العدد لا على سبيل التعيين، الا ترى الى قولهم كم درهماً عندك، و كم غلام ملكت في الاستفهامية و

---

(١) و يستعمل الخ راجع له مغنى اللبيب بحث كيف ص٢٠٥ ج١.

فان قامت من المجلس(١) بطل، و ان ردت الامر كان رداً، لان هذا امر واحد، و هو خطاب في الحال، فيقتضى الجواب في الحال. و ان قال لها طلقي نفسك من ثلاث ما شئت، فلها ان تطلق نفسها واحدة او ثنتين و لاتطلق ثلاثاً عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى. و قالا تطلق ثلاثاً ان شاءت، لان كلمة ما محكمة في التعميم، و كلمة من قد تستعمل للتمييز

الخبرية، فوقعت عامة لابهامها كان لها ان تطلق ان شاءت واحدة، و ان شاءت ثنتين، و ان شاءت ثلاثاً (فان قامت من المجلس بطل) اي لايقع شيء، لان هذا تمليك و التمليكات تقتصر على المجلس، فاذا وجد دليل اعراض من القيام عن المجلس، و من الاشتغال بعمل آخر به، حيث يقع المجلس بطلت مشيئتها و لم يقع بعد ذلك شيء بمشيئتها (و ان ردت الامر كان رداً، لان هذا أمر واحد) هذا احتراز عن كلما و قوله (و هو خطاب في الحال) احتراز عن اذا و متى، يعني(٢) هذا تمليك في الحال، لانه ليس في كلامه ذكر الوقت (فيقتضى الجواب في الحال) لايقال ان كم تستعمل في العدد و الواحد ليس بعدد، فينبغي ان يملك الواحد، لانا نقول ان الواحد اصل العدد و في الفرق يستعمل في العدد، الا ترى لو قيل كم معك استفهام الجواب عن الواحد فان قيل(٣) كلمة ما تستعمل للعدد، و تستعمل للوقت، كقوله تعالى ما دمت حياً فوقع الشك في تفويض العدد، فلايثبت العدد بالشك. اجيب بان هذا معارض بمثله، فاما لو اعملناها بمعنى الوقت لايبطل بالقيام عن المجلس، و لو اعملناها بمعنى العدد يبطل فوقع الشك في ثبوته فيماوراء المجلس فلايثبت بالشك ثم رجحنا جانب العدد باصل آخر، و هو ان التفويض بمعنى التمليك، و التمليكات تقتصر على المجلس، و انما يكون لو كانت معمولة بمعنى العدد لا بمعنى الوقت. قال الاكمل(٤) فيه نظر، لان فيه معنى التعليق، فيتوقف علي ما وراء المجلس، فتعارض جهتا الترجيح. و الجواب انه تمليك فيه معنى التعليق، و الاول كالاصل، فالترجيح به اولى (و ان قال لها طلقي نفسك من ثلاث ما شئت، فلها ان تطلق نفسها واحدة او ثنتين و لاتطلق ثلاثاً عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى. و قالا تطلق ان شاءت، لان كلمة ما محكمة في التعميم، و كلمة من قد تستعمل للتمييز) اي للبيان(٥) كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس

---

(١) المجلس - ن - مجلس. (٢) يعني الخ و في فتح القدير ص٤٣٩ ج٣ يعني هذا تمليك منجز غير مضاف الى وقت في المستقبل فاقتضى جوابا في الحال. (٣) فان قيل الخ كذا في الفتح و العناية. (٤) الاكمل في العناية ص٤٣٩ ج٣. (٥) للبيان الخ كذا في العناية.

فيحمل على تمييز الجنس، كما اذا قال كل من طعامي ما شئت او طلق من نسائى من شاءت، و لابي حنيفة رحمه الله تعالى أن كلمة من حقيقة للتبعيض، و ما للتعميم، فيعمل بهما، و فيما استشهدا به ترك التبعيض لدلالة اظهار السماحة او لعموم الصفة، و هي المشيئة، حتى لو قال من شئت كان على الخلاف.

من الاوثان و قد تكون لغيرهما، فاذا عرفت ذلك فقد اجتمع في كلامه المحتمل و المحكم، فيحمل المحتمل على المحكم، كما هو الاصل. و قال المصنف رحمه الله تعالى (فيحمل على تميز الجنس) اي يجعل بيان العموم لعموم الجنس، اي لتمييز الطلاق من سائر الاشياء في التفويض، او هو صلة، كذا في المبسوط. (كما اذا قال كل من طعامي ما شئت) يعم الاذن (او طلق من نسائي من شاءت) فله ان يطلق من شاءت من نسائه (و لابي حنيفة رحمه الله تعالى ان كلمة من حقيقة للتبعيض) فيه نظر، لان من تأتي لخمسة عشر(١) معنى الغالب عليها ابتداء الغاية، حتى ادعى جماعة ان سائر معانيها راجعة اليه (و ما للتعميم) اي كلمة ما للتعميم (فيعمل بهما) لان الاصل ان يعمل بحقيقة الكلام ما لم يدل دليل المجاز. و قال الاتزازي لايقال ينبغي على هذا ان لاتطلق نفسها واحدة، لان الواحدة ليس فيها معنى العموم اصلاً، و هي بعض حرف، لانا نقول لما ملكت الثنتين بحكم الامر ملكت الواحدة ايضاً، و هذا ما سنح به خاطري في هذا المقام. قلت سبق لهذا غيره، لان الاكمل(٢) سأل هذا، و اجاب بقوله بانه يتناول الواحدة دلالة (و فيما استشهدا به) هذا جواب عن قول ابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى مستشهدين بقوله، كما اذا قال كل من طعامي تقريره ان فيه قام الدليل على ارادة المجاز، و هو انه (ترك التبعيض) بدليل خارجي، و هو قوله (لدلالة اظهار السماحة) لان في العرف يراد بمثل هذا الكلام اظهار السماحة و الكرم، و ذلك بالعموم (او لعموم الصفة، و هي المشيئة) لان النكرة اذا وصفت بصفة عامة تعم (حتى لو قال من شئت) يعني لو قال طلق من نسائي من شئت (كان على الخلاف) المذكور بين ابي حنيفة و صاحبيه، ثم عنده ان طلقت نفسها ثلاثا لاتقع. فروع(٣) لو قال لها انت طالق ثلاثا، الا ان تشائي واحدة فشاءت واحدة يقع واحدة عند ابي يوسف رحمه الله تعالي و قال محمد رحمه الله تعالى لايقع شيء، و لو قال طلقها ان شاء الله و

---

(١) لخمسة عشر الخ و التفصيل في مغنى اللبيب ص٣١٨ ج١. (٢) الاكمل في العناية ص٤٤ ج٣. (٣) فروع راجع لنحو هذه الفروع، فتح القدير ص٤٤ ج٣ و الهندية ص٤٠٥ ج١ و البحر ص٣٦٦ ج٣ و البدائع ص١٢١ ج٣ و المبسوط للسرخسي ص١٩٧ ج٦.

شئت، او قال انت طالق ان شاء الله و فلان او شئت ما شاء الله و فلان لايقع بالمشيئة شيء. و لو قال ان شئت و شاء فلان يقع بمشيئتها. و لو قال ان شئت فان طالق ان شئت او متى شئت او حين شئت، فلها مشيئتان مشيئة في الحال و مشيئة في عموم الاحوال. و لو قال لامرأتيه ان شئتما فانتما طلقتان فشاءت احداهما او شاءتا فطلق طلاق احداهما لايقع لعدم وجود الشرط. و لو قال طلقاها ثلاثا فطلقها احدهما واحدة، و الآخر ثنتين وقع الثلاث. و لو قال لها ان شئت فانت طالق ثم قال لاخرى طلاقك مع طلاق هذه يقع عليهما بمشيئة الاولى ان نوى الزوج و الا لم يقع. و لو قال انت طالق واحدة ان شئت فقالت شئت نصف واحدة لم تطلق عند ابي يوسف رحمه الله تعالى و لو قالت طلقني و طلقني و طلقني، فقال الزوج طلقت فهي ثلاث، و لو قالت طلقني طلقني طلقني بغير واو فطلق الزوج، فان نوى واحدة فواحدة، و ان نوى ثلاثا فثلاث. و في الاشراف(١) لابن المنذر اختلفوا في الرجل يملك امر امرته رجلين يشترط اجتماعهما على الطلاق، قاله الحسن و الاوزاعي و الثوري و مالك و الشافعي و ابوثور و ابو عبيد رحمهم الله تعالي و قال زفر ينفرد احدهما به، فان طلق احداهما ثلاثا و الآخر واحدة يقع واحدة عندنا، و به قال احمد و ابن راهويه، و اختاره و قال الزهري هي طالق و الله اعلم بالصواب.

---

(١) و في الاشراف الخ و نحوه في المغنى لابن قدامة ص٢٩٣ ج٨.

باب الايمان في الطلاق

و اذا اضاف الطلاق الى النكاح وقع عقيب النكاح مثل أن يقول لامرأة ان تزوجتك فانت طالق او كل امرأة أتزوجها فهي طالق.

(باب الايمان في الطلاق)

اي هذا باب في بيان حكم الايمان في الطلاق. و لما فرغ من ذكر الطلاق بالتنجيز بالصريح و الكناية، شرع في ذكره بسبيل التعليق قدم التنجيز، لانه هو الاصل و التعليق مركب من ذكر الطلاق، و حرف الشرط و المركب فرع المفرد، ثم اليمين يقع على الحلف بالله حقيقة، و يقع على التعليق مجازاً، لان اليمين لغة القوة، قال الشاعر(١)

ان المقادير بالاوقات نازلة و لايمين على وقع المقادير

اي لاقوة، و اليمين(٢) في الطلاق عبارة عن تعليقه بامر يدل على معنى الشرط، فهو في الحقيقة شرط و جزاء، سمي يميناً مجازاً لما فيه من معنى السببية اضافة ما يحتمل التعليق في الشرط كالطلاق و العتاق و الظهار الى الملك جائزة سواء كانت على الخصوص كما اذا قال لامرأة اذا تزوجتك فانت طالق او على العموم، كقوله كل امرأة تزوجتها فهي طالق. فان قلت سميت اليمين بالله يميناً لزيادة القوة لان الانسان منقلب البال فربما لايثبت على ما يقصده، فيذكر اسم الله تعالى على وجه الحمل او المنع فيتقوى بذلك على ما يريده فما معنى اليمين في ذكر الشرط و الجزاء. قلت و فيه معني الحمل او المنع فسمي لذلك فافهم (و اذا اضاف الطلاق الى النكاح وقع عقيب النكاح، مثل ان يقول لامراة ان تزوجتك فانت طالق او كل امراة اتزوجها فهي طالق) و به قال(٣) عمر بن الخطاب و عبدالله بن مسعود و عبدالله بن عمر و ابوبكر بن عمرو بن حزم و ابوبكر بن عبدالرحمن و شريح و الزهري و سعيد بن المسيب و النخعي و الشعبي و مكحول و سالم بن عبدالله و عطاء و حماد بن ابي سليمان في آخرين، و هو قول مالك و ربيعة و الاوزاعي و القاسم و عمر بن عبدالعزيز و ابن ابي ليلى، لكن قالوا(٤) هذا اذا لم يعين امرأة او قال كل

---

(١) قال الشاعر الخ كذا في فتح القدير ص٤٤٢ ج٣. (٢) و اليمين في الطلاق الخ كذا في العناية. (٣) و به قال عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه الخ راجع لهذا المبحث فتح القدير ص٤٤٢ ج٣ و عمدة القاري باب لا طلاق قبل النكاح ص٢٤٥ ج٢٠ و فتح الباري الباب المذكور ص٤٧٧ ج٩ و اعلاء السنن ابواب الايمان في الطلاق ص١٩٩ ج١١ و الاوجز عنوان يمين الرجل بطلاق ما لم ينكح ص٤٢٢ ج٤ و تكملة شرح المهذب ص٥٦ ج١٧ و الشرح الكبير مع المغني ص٣٧٩ ج٨. (٤) لكن قالوا الخ و في فتح الباري ص٤٨٢ ج٩ و هذه المسئلة من الخلافية المشهورة و للعلماء فيها مذاهب الوقوع مطلقا و عدم الوقوع مطلقا والتفصيل بين ما اذا عين او عمم =>

و قال الشافعي رحمه الله تعالى لايقع لقوله عليه الصلوة و السلام لا طلاق قبل النكاح

امرأة اتزوجها (و قال الشافعي رحمه الله تعالى لايقع) و به قال احمد رحمه الله تعالى و يروى ذلك عن علي و ابن عباس و عائشة رضي الله تعالى عنهم، و هو قول الظاهرية، و فيه قول آخر، و هو انه اذا نكح لم يؤمر به، قاله ابوعبيد و فيه قول آخر و هو انه يصح تعليق العتق بالملك دون الطلاق و هو رواية عن احمد (لقوله عليه الصلوة و السلام لاطلاق قبل النكاح) هذا الحديث(٢)

=> و منهم من توقف فقال بعدم الوقوع الجمهور كما تقدم و هو قول الشافعي و ابن مهدي و احمد و اسحاق و داود و اتباعهم و جمهور اصحاب الحديث و قال بالوقوع مطلقا ابوحنيفة و اصحابه و قال بالتفصيل ربيعة و الثوري و الليث و الاوزاعي و ابن ابي ليلى و من قبلهم ممن تقدم ذكره و هو ابن مسعود و اتباعه و مالك في المشهور عنه و عنه عدم الوقوع مطلقا و لو عين و عن ابن القاسم مثله و عنه انه توقف و كذا عن الثوري و ابي عبيد و قال جمهور المالكية بالتفصيل فان سمى امرأة او طائفة او قبيلة او مكانا او زمانا يمكن ان يعيش اليه لزمه الطلاق و العتق و جاء عن عطاء مذهب آخر مفصل بين ان يشترط ذلك في عقد نكاح امرأته او لا فان شرطه لم يصح تزويج من عينها و الاصح اخرجه ابن ابي شيبة الخ و في اوجز المسالك ص٤٢٢ ج٤ اما تعليق الطلاق فالخلاف فيه شهير معروف في الفقه و الاصول و مذهب الحنفية في ذالك ان الرجل علق الطلاق او العتق الى الملك او سبب الملك فيصح التعليق و ينفذ في الطلاق و العتق معا مثل ان يقول الرجل اذا زوجت فلانة فهي طالق او كل امرأة اتزوجها فهي طالق او ان ملكت هذا العبد فهو حر او كل عبد ملكته فهو حر فينفذ الطلاق و العتق في الصور كلها قول واحد لا خلاف بين الحنفية في ذالك و لايصح الطلاق و لا العتق عند الشافعية لاتنجيزا و لاتعليقا لا تعميما و لا تخصيصا و للامام احمد في ذالك ثلاث روايات الاولى مثل الحنفية و الثانية مثل الشافعية و الثالثة التفريق بين الطلاق و العتق ففي الطلاق مثل الشافعية و في العتق مثل الحنفية و اختلفت الحنابلة في الترجيح فمنهم من رجح الرواية الثانية كالموفق و منهم من اختار الثالثة كالخرقي و للامام مالك في ذالك ثلاث روايات الاولى المرجوحة عدم الوقوع مطلقا و هي رواية ابن وهب و المخزومي عنه و الثالث التوقف في ذالك و الثالثة الراجحة في المذهب و هو المشهور المعروف من مذهبه و المختار عند المالكية انه ان عين امرأة او عبدا مثل ان يقول ان تزوجت هذه المرأة او ملكت هذا العبد او نسبهما الى قبيلة او مكان و زمان لزمه الطلاق و العتق و ان اطلق و عمم مثل ان يقول كل امرأة اتزوجها او كل عبد ملكته فلاينفذ الطلاق و لا العتق و في الجوهر النقي عن الاستذكار لم يختلف عن مالك انه ان عمم لم يلزمه و ان سمى امرأة او ارضا او قبيلة لزمه الخ قال الباجي لرواية ابن وهب و المخزومي ليست هذه الرواية بالمشهورة قال ابن عبدالبر روى احاديث كثيرة في عدم الوقوع الا انها معلولة عند اهل الحديث و منهم من يصحح بعضها الخ و نبذ منه في سنن الترمذي باب ما جاء لا طلاق قبل النكاح ص١٤١ ج١. (٢) هذا الحديث الخ راجع له نصب الراية ص٢٣٠ ج٣ و فتح القدير ص٤٤٢ ج٣ و فتح الباري و عمدة القاري و اعلاء السنن و مصنف عبدالرزاق باب الطلاق قبل النكاح =>

رواه ابن ماجة في سننه عن هشام بن سعد عن الزهري عن عروة عن المسور بن مخرمة رضي الله تعالى عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا طلاق قبل نكاح و لاعتق قبل ملك، و ضعفه ابن عدي، و قال رواه الزهري عن عروة مرة مرفوعاً، و مرة عن عروة مرسلاً. و في هذا الباب روي عن جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم و هم علي بن ابي طالب و عبدالله بن عمر و عائشة و معاذ و جابر و ابن عباس و ابوثعلبة الخشني رضي الله تعالى عنهم اجمعين. فحديث علي عند ابن ماجة(١) من رواية جويبر عن الضحاك عن النزال بن سبرة عن علي رضي الله تعالى عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح. و جويبر(٢) هو ابن سعيد ابوالقاسم الازدي الخراساني البلخي ضعفه علي بن المديني و يحي بن سعيد، و قال احمد لايشتغل بحديثه. و قال يحي بن معين ليس بشيء. و قال النسائي و الدارقطني متروك و حديث عبدالله بن عمر رضي الله عنهما عند الدارقطني(٣) في سننه عن ابي خالد الواسطي عن ابي هاشم الرماني عن سعيد بن جبير عن ابن عمر رضي الله تعالى عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه سئل عن رجل قال يوم اتزوج فلانة فهي طالق ثلاثة قال طلق ما لايملك. قال صاحب التنقيح هذا حديث باطل، و ابوسعيد الواسطي هو عمرو بن خالد، و هو وضاع. و قال احمد و يحي كذاب و حديث عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه عند ابي داود(٤) و الترمذي و ابن ماجة عن عامر الاحول عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده، قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لانذر لابن آدم فيما لايملك، و لاعتق له فيما يملك و لا طلاق له في ما لا يملك و قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح، و هو احسن شيء روى في هذا الباب. قلت قال ابن العربي(٥) اخبارهم ليس لها اصل في الصحة، فلانشتغل بها، و لئن صح فهو محمول على التنجيز، و لايلزم من بطلان التنجيز بطلان التعليق، و لم يقل عليه الصلوة و السلام لاتعليق

=> ص٤١٥ ج٦ و ابن ماجة باب لا طلاق قبل النكاح ص١٤٨. (١) ابن ماجة ص١٤٨ و نصب الراية ص٢٣٠ ج٣ و فتح القدير ص٤٤٢ ج٣. (٢) و جويبر الخ راجع تهذيب التهذيب ص١٢٣ ج٢. (٣) الدارقطني قريبا من اوائل كتاب الطلاق ص١٦ ج٤ و الحاكم في المستدرك تفسير سورة الاحزاب ص٤١٩ كذا في حاشية الزيلعي ص٢٣١ ج٣. (٤) عند ابي داود باب في الطلاق قبل النكاح ص٣٠٥ ج١ و الترمذي باب ماجاء لا طلاق قبل النكاح ص١٤١ ج١ و ابن ماجة باب لا طلاق قبل النكاح ص١٤٨ و الزيلعي ص٢٣١ ج٣. (٥) ابن العربي الخ كذا في العمدة ص٢٤٦ ج٢٠ و في فتح القدير ص٤٤٤ ج٣ بل ضعف احمد و ابوبكر بن العربي القاضي شيخ السهيلي جميع الاحاديث و قال ليس لها اصل في الصحة و لذا ما عمل بها مالك و ربيعة و الاوزاعي الخ.

و لنا ان هذا تصرف يمين لوجود الشرط و الجزاء، فلايشترط لصحته قيام الملك في الحال، لان الوقوع عند الشرط

طلاقاً. فان قالوا هو مضمر فنقول الاصل عدم الاضمار. و قال صاحب الاستذكار روي من وجوه الا انها عند أهل الحديث معلولة فان قلت قال البخاري رحمه الله تعالى هذا الحديث اصح ما في الباب. قلنا تركه اياه و عدم تخريجه في الصحيح يرد ما ذكر عنه من هذا و حديث عائشة رضي الله تعالى عنها عند الدارقطني(١) من رواية الوليد بن سلمة الازدي عن يونس عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قال بعث النبي صلى الله عليه وسلم ابا سفيان بن حرب، فكان فيما عهد اليه ان لايطلق الرجل من لايتزوج و لايعتق ما لم يملك. قال الازدي و ابن حبان الوليد بن سلمة كان يضع الحديث علي الثقات لايجوز الاحتجاج به. و قال هو كذاب و حديث معاذ بن جبل رضي الله تعالى عنه عند الدارقطني(٢) من رواية عبد المجيد، عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن طاووس عن معاذ بن جبل رضي الله تعالى عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا طلاق قبل نكاح، و لانذر فيما لايملك، و رواه ايضا من رواية(٣) يزيد بن عياض عن الزهري عن سعيد بن المسيب و طاووس عن معاذ بن جبل مرسلا، و رواه ايضا ابن عدي في الكامل من رواية عمرو بن عمرو عن ابن فاطمة النخعي و عمرو بن عمرو يروي الموضوعات، و ابن فاطمة مجهول لايعرف و حديث ابن عباس رضي الله تعالى عند الحاكم عن ايوب بن سليمان الجريري عن ربيعة ابن ابي عبدالرحمن عن عطاء بن ابي رباح عن ابن عباس رضي الله تعالى مرفوعا و اخرجه الدارقطني(٤) عن سليمان بن ابي سليمان و قال عبدالحق في احكامه اسناده ضعيف، و سليمان بن ابي سليمان شيخ ضعيف، و قال ابن معين ليس بشيء. و حديث ابي ثعلبة الخشني عند الدارقطني(٥) من رواية بقية بن الوليد عن ثور بن يزيد عن خالد بن معدان عن ابي ثعلبة الخشني رضي الله تعالى عنه قال قال عليه الصلوة و السلام لي الحديث، و فيه لا طلاق الا بعد نكاح (و لنا ان هذا) اي التعليق بالشرط (تصرف يمين) من الحالف في ذمة نفسه (لوجود الشرط و الجزاء) و هو التعليق (فلايشترط لصحته قيام الملك في الحال) كاليمين بالله تعالى و النذر المعلق بالعتق (لان الوقوع عند الشرط) اي لان وقوع الطلاق عند وجود الشرط لايقع قبل

---

(١) الدارقطني ص١٥ ج٤ و الحاكم و الزيلعي ص٢٣١ ج٣. (٢) الدارقطني ص١٤ ج٤ و الحاكم والزيلعي ص٢٣١ ج٣. (٣) من رواية يزيد بن عياض الدارقطني ص١٧ج٤ و الزيلعي ص٢٣٢ج٣ (٤) الدارقطني ص١٦ ج٤ و الزيلعي ص٢٣٢ ج٣. (٥) الدارقطني ص٣٦ ج٤ و الزيلعي ص٢٣٢ ج٣ و بقي حديث جابر رضي الله تعالى عنه و لفظه مرفوعا لا طلاق قبل النكاح اخرجه الحاكم و ابن ابي شيبة كما في نصب الراية ص٢٣٢ ج٣.

و الملك متيقن به عنده، و قبل ذلك اثره المنع و هو قائم بالمتصرف. و الحديث محمول على نفي التنجيز و الحمل ماثور عن السلف كالشعبي

وجوده، فحين وجود الشرط يحصل ملك الطلاق، لان التزوج سبب لملك الطلاق و ذمة الحالف كافية لصحة اليمين لاهليته (و الملك متيقن به عنده) اي عند الشرط، و يصح مع احتمال الملك عند الشرط، فمع المتيقن بالملك اولى، و بيانه ان من قال لامرأته ان دخلت الدار، و ان احتمل عند وجود الشرط بان تصير مطلقة فلان يصح هنا هو التيقن اولى. (و قبل ذلك اثره المنع)(١) اي قبل وجود الشرط اثر الشرط ان يمنع السبب من أن يتصل بالمحل (و هو قائم بالمتصرف) اي تصرف اليمين الحلف قائم بالمتصرف، و لا حاجة الى اشتراط المحل، بل ذمة الحالف كافية (و الحديث) اي الحديث الذي احتج به الشافعي رحمه الله تعالى و من معه المذكور (محمول على نفي التنجيز) اي لا طلاق قبل النكاح منجزاً، و المنجز هو الطلاق حقيقة لا المعلق. و تحقيقه(٢) انهم سألوه عليه الصلوة و السلام عن كون ذلك طلاقا فقال لا طلاق قبل النكاح و ليس الكلام فيه، و انما الكلام في ان تعليق الطلاق بالنكاح جائز او ليس بجائز، و ليس في الحديث ما يدل على نفيه او اثباته (و الحمل) اي حمل الحديث على التنجيز(٣) (ماثور عن السلف) اي مروي عنهم (كالشعبي) هو عامر بن شراحيل(٤) من كبار التابعين نسبته الى شعب الاصغر بطن

---

(١) المنع الخ و في العناية ص٤٤٣ ج٣ و قبل ذالك اي و قبل وجود الشرط اثره المنع و هو قائم بالمتصرف لانه يمين و محله ذمة الحالف فلايكون شرطا في ذالك الوقت انتهى و في حاشية الهداية عن الهداد قوله اثره المنع و لا اثر له في المحل قبله لعدم اتصاله فلايشترط قيام الملك فيه في الحال انتهى. (٢) و تحقيقه الخ كذا في العناية.

(٣) التنجيز فان قيل لا معنى لحمله على التنجيز لانه ظاهر يعرفه كل احد فوجب حمله على التعليق فالجواب صار ظاهرا بعد اشتهار حكم الشرع فيه لاقبله فقد كانوا في الجاهلية يطلقون قبل التزوج تنجيزا و يعدون ذالك طلاقا اذا وجد النكاح فنفي ذالك صلى الله عليه وسلم في الشرع في هذه الاحاديث وغيرها الخ فتح القدير ص٤٤٤ ج٣ و نحوه في المبسوط للسرخسي ص٦٨ ج٦. (٤) و في تهذيب التهذيب ص٦٥ ج٥ عامر بن شراحيل و قيل عامر بن عبدالله بن شراحيل الشعبي الحميري ابوعمرو الكوفي من شعب همدان روى عن علي و سعد بن ابي وقاص رضي الله تعالى عنهما الخ و قال الشعبي ادركت خمسمائة من الصحابة رضي الله عنهم و في مقدمة الهداية لمولانا عبد الحي رحمه الله تعالى المطبوعة في اول الجزء الثالث للهداية ص١٦ الشعبي بفتح الشين هو عامر بن شراحيل يكنى اباعمر كوفي ثقة من التابعين فقيه ادرك خمسمائة من الصحابة مات فجائة بالكوفة بعد المائة سنة اربع و قيل ثلث و قيل ست و قيل سبع و قيل خمس و له من ثمانين سنة و الشعبي نسبة الى شعب هو بطن من همدان وقال الجوهري هذه النسبة الى جبل باليمن و قال الامام اليافعي و شعب في بلاد =>

و الزهري رحمهما الله تعالى وغيرهما، و اذا اضافه الى شرط وقع عقيب الشرط، مثل ان يقول لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق، و هذا بالاتفاق،

بالكوفة (و الزهري) هو محمد(١) بن مسلم بن عبيد الله بن عبدالله بن شهاب، و نسبته الى زهرة بن كلاب بن مرة (و غيرهما) اي غير الشعبي و الزهري مثل سالم(٢) و القاسم و ابراهيم النخعي و عمر بن عبدالعزيز و الاسود و ابي بكر بن عبدالرحمن و مكحول، فان ابابكر بن ابي شيبة رحمه الله تعالى خرج عن هولاء في مصنفه(٣) في رجل قال ان تزوجت فلانة فهي طالق او يوم اتزوجها فهي طالق او كل امرأة اتزوجها فهي طالق قالوا هو كما قال. و في لفظ يجوز ذلك عليه (و اذا أضافه) اي اضاف الرجل الطلاق (الى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق) لان المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط (و هذا بالاتفاق) احترز به عن المسألة المتقدمة اعني قوله ان تزوجتك فانت طالق، لان فيها خلاف الشافعي رحمه الله تعالى كما مر. قال الاترازي يجوز ان يكون احترازاً عن المسألة التي بعد هذه، اعني قوله لاجنبية

=> اليمن مكان معروف بالقرب من صنعا و الله اعلم من شعب ذالك الشعبي. (١) هو محمد بن مسلم الخ و قد اطال الكلام الحافظ ابن حجر في تهذيب التهذيب ص٤٤٥ ج٩ و فيه محمد بن مسلم بن عبيد الله بن عبدالله بن شهاب بن عبدالله بن الحارث بن زهرة بن كلام بن مرة القرشي الزهري الخ و مقدمة الهداية ص١٤ الزهري هو محمد بن مسلم بن عبيد الله بن عبدالله بن شهاب القرشي الزهري كان فقيها من التابعين في المدينة رأى عشرة من الصحابة و كتب عمر بن عبدالعزيز الى الآفاق عليكم بابن شهاب فانكم لاتجدون احدا اعلم بالسنة الماضية منه، توفي في رمضان سنة اربع و عشرين و مائة و قيل ثلث و عشرين و قيل خمس و عشرين و هو ابن اثنين و قيل ثلث و سبعين و الزهري نسبة الى زهرة بن كلاب بن مرة و هي قبيلة كبيرة من قريش الخ ملخصا. (٢) مثل سالم الخ كذا في فتح القدير ص٤٤٤ ج٣ و نصب الراية ص٢٢٣ ج٣. (٣) في مصنفه عنوان من كان يوقعه عليه و يلزمه الطلاق اذا وقت ص١٨ ج٥ و اخرج عبدالرزاق في مصنفه عنوان باب الطلاق قبل النكاح ص٤١٥ ج٦ عن الزهري انه قال في رجل قال كل امرأة اتزوجها فهي طالق و كل امة اشتريها فهي حرة هو كما قال فقال له معمر او ليس قد جاء لا طلاق قبل نكاح و لاعتق الا بعد ملك قال انما ذالك ان يقول الرجل امرأة فلان طالق و عبد فلان حر و كذالك في نصب الراية ص٢٣٣ ج٣ و في هامشه عن الجوهر النقي مع البيهقي ص٣١٩ بعد ما ذكر كلام الزهري قال و بهذا قال مكحول و ابوحنيفة و اصحابه و عثمان البتي و روى عن الاوزاعي و الثوري و اخرج مالك في المؤطا ص٢١٤ باب يمين الرجل بطلاق مالم ينكح مالك انه بلغه ان عمر بن الخطاب و عبدالله بن عمر و ابن مسعود رضي الله عنهم و سالم بن عبدالله و ابن شهاب و سليمان بن يسار كانوا يقولون اذا حلف الرجل بطلاق المرأة قبل ان ينكحها ثم اثم ان ذالك لازم له اذا نكحها انتهى.

لان الملك قائم في الحال، و الظاهر بقاؤه الى وقت وجود الشرط فيصح يميناً او ايقاعاً، و لاتصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكاً او يضيفه الى ملك، لان الجزاء لابد ان يكون ظاهراً

ان دخلت الدار فانت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق، لان فيها خلاف ابن ابي ليلى، فعنده تطلق. (لان الملك قائم في الحال) هذا جواب عما يقال سلمنا ان الطلاق يقع عقيب الشرط اذا كان الملك حينئذ قائماً، اما اذا زال فلاينبغي ان يصح يمينه اصلا لاحتمال زوال الملك. فاجاب بقوله لان الملك قائم في الحال (و الظاهر بقاؤه الى وقت وجود الشرط) لان الاصل في كل ثابت استمراره، خصوصاً النكاح الذي هو عقد العمر، و مجرد احتمال الزوال لايلتفت اليه، لانه ليس بناشئ عن الدليل، فلما صح تعليقه بالنظر الى بقاء الملك ظاهراً وقع كلامه المعلق يميناً على أصلنا، لان التعليقات ليس باثبات في الحال عندنا، و انما تنقلب اسباباً عند الشرط، و على اصل الشافعي رحمه الله تعالى ايقاعاً لان التعليقات اسباب عنده في الحال و الملك في الحال موجود. (فيصح) ان تعليقه على الاصلين (يمينا) اي من حيث انه يمين عندنا (او ايقاعا) اي او يصح من حيث الايقاع عنده. و قال الكاكي رحمه الله تعالى مستدلا لاصحابنا في هذه المسألة، و لنا قوله عليه الصلوة و السلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبي و المجنون، و قد صح سنده، فلايخرج ذلك من العموم بما لايثبت، فان احاديثهم ضعيفة، و قد ضعفها(١) ابن حنبل و القاضي ابوبكر بن العربي فقال ابوبكر احاديثهم ليس لها أصل في الصحة فلانشتغل بها، و لهذا ما عمل بها مالك و ربيعة و الاوزاعي من اهل الحديث انتهى. قلت هذا الحديث ذكره المصنف رحمه الله تعالى في فصل(٢) بعد طلاق السنة، و هذا حديث غريب، و كيف يقول الكاكي و قد صح سنده، و اعاده المصنف ايضا في باب الحجر بلفظ المعتوه عوض المجنون. و اخرج الترمذي عن عطاء بن عجلان عن عكرمة بن خالد المخزومي عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه المغلوب على عقله، و قال هذا حديث لانعرفه مرفوعاً الا من حديث عطاء بن عجلان، و عطاء بن عجلان ضعيف ذاهب الحديث (و لاتصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكاً) يعني الا اذا حلف في الملك (او يضيفه) اي او يضيف الطلاق (الى ملك، لان الجزاء لابد ان يكون ظاهراً) الوجود و غالب

---

(١) و قد ضعفها الخ كذا في فتح القدير ص٤٤٤ ج٣ كما ذكر قريبا في الحاشية. (٢) في فصل الخ راجع له البناية الجزء السادس ص٣٢٢.

ليكون مخيفاً، فيتحقق معنى اليمين و هو القوة و الظهور باحد هذين، و الاضافة الى سبب الملك بمنزلة الاضافة اليه، لانه ظاهر عند سببه. فان قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق، لان الحالف ليس بمالك، و ما اضافه الى الملك او سببه(١) و لابد من واحد منهما

الوجود (ليكون) اي الجزاء (مخيفاً) اي بوقوع الجزاء فيما اذا كان المقصود منه المنع بان قال ان دخلت الدار فانت طالق، فعلى تقدير الاقدام على دخول الدار يقع الطلاق، لانه دار نفقتها و كفايتها، فكان وقوعه مطلقاً لها، فاما اذا كان للحمل بحرف الشرطية يدخل على المنهي، كما في قوله ان لم تدخل الدار فانت طالق فان قيل(٢) لو قال لها ان حضت فانت طالق يصح مع انه لايكون فيها فائدة اليمين، و هو المنع لما انها غير قادرة على منع حيضها، قيل الاعتبار للغالب لا للنادر، لان الكلام في الكليات لا في الافراد و التخلف في الافراد لايضرنا، قيل فيه نظر، لان الكلي ينبغي ان يكون شاملاً للافراد، فاذا لم يشملها لايكون كليا، انتهى. قلت السوال و الجواب للكاكي، والنظر للاترازي، و لكن فيه نظر لايخفى على المتامل (فيتحقق معنى اليمين) بالنصب عطف على قول ليكون (و هو القوة) اي قوة خوف نزول الجزاء و الخوف انما يحصل بكون الجزاء غالب الوجود عند الشرط (و الظهور) اي ظهور الجزاء (باحد هذين)(٣) و هو كون الحالف مالكا اومضيفاً الى الملك (و الاضافة الى سبب الملك) اي اضافة الطلاق الى سبب الملك و هو التزوج (بمنزلة الاضافة اليه) اي الى الملك، و ذلك فيما اذا قال لاجنبية ان تزوجتك فانت طالق، و هو بمنزلة اضافة الطلاق الى الملك، لان الجزاء جزء من الوجود عند عدم وجود الشرط فيصير قوله ان تزوجتك بمنزلة قوله ان ملكتك بالتزوج (لانه) اي لان الجزاء (ظاهر عند سببه) اي عند سبب الملك (فان قال لاجنبية) هذا تفريع على ما مهد من الاصل، يعني اذا قال الرجل لامرأة اجنبية (ان دخلت الدار فانت طالق، ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق، لان الحالف ليس بمالك، و ما اضافه الى الملك و سببه و لابد من واحد منهما) يعني الحالف في هذه المسألة لم يكن مالكاً و لا مضيفاً الى الملك و سببه، و لابد من واحد منهما. و قال ابن ابي ليلى يقع طلاقه اذا دخلت بعد التزوج، قيل كان ينبغي ان يقع الطلاق في هذه الصورة، لان المعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده. اجيب بان المعلق انما يكون كالمنجز اذا صح التعليق و لم يصح في هذه الصورة و لايقدر

---

(١) او سببه - ن - و سببه. (٢) فان قيل الخ كذا في الكفاية و الفتح ص٤٤٦ و ص٤٤٧ ج٣. (٣) باحد هذين الخ و في الكفاية اي كونه غالب الوجود في الملك او في الاضافة الى الملك.

و الفاظ الشرط ان، و اذا، و اذا ما، و كل و كلما و متى و متى ما،

في تصحيح كلامه ان تزوجتك و دخلت الدار فانت طالق، لان كلامه صحيح بدون تقدير التزوج، و لايخفى ذلك. (و الفاظ الشرط) انما لم يقل حروف الشرط، لان كلمة ان هو الحرف وحده، و الباقي اسماء و كلمة (إن) و هو الاصل في باب الشرط لدخوله على الفعل، و فيه خطر، بخلاف سائر الالفاظ، فانها تدخل على الاسم و ليس فيه خطر، فيرد لثلاثة(١) معان أخرى، الاول: معنى النفي نحو ان الكافرون الا في غرور و الثاني: ان تكون مخففة من الثقيلة نحو و ان وجدنا اكثرهم لفاسقين و الثالث: ان تكون زائدة نحو ان طبنا جبن(٢) (و اذا) اعلم ان اذا ترد على وجهين(٣) احدهما: ان تكون للمفاجأة، فتختص بالجملة الاسمية، نحو خرجت فاذا زيد. و الآخر: ان يكون ظرفاً للمستقبل مضمنة معنى الشرط، فتختص بالجملة الفعلية و يكون الفعل بعدها ماضياً كثيرا و مضارعاً دون ذلك (و اذا ما و متى) متى(٤) ترد على اربعة اوجه استفهام نحو متى نصر الله و اسم شرط كقوله متى اضع العمامة تعرفوني و اسم مرادف للوسط، يقال وضعت متى كمي اي وسط كمي. و حرف بمعنى من اوفى، و ذلك في لغة هذيل، يقولون اخرجها متى كمة، اي منه (و متى ما) دخلت ما في متى و كلاهما يلزمان (و كل) لفظة كل(٥) اسم موضوعة لاستغراق افرد المنكر نحو قوله تعالى كل نفس ذائقة الموت. و المعروف المجموع نحو قوله تعالى و كلهم آتيه، و أجزاء المفرد المعروف نحو كل زيد حسن (و كلما)(٦) و قد ذكر المصنف الفاظ الشرط هنا سبع كلمات، و في جوامع الفقه حروف الشرط ان و اذا و متى و متى ما و لولا. و قال ابن نفيس في شرح المفصل الاسماء التي يجازي بها احدى عشر من و ما و

---

(١) لثلاثة معان الخ راجع لتفصيله مغنى اللبيب ص٢٢ ج١. (٢) و في مغنى اللبيب ص٢٥ ج١ الرابع ان تكون زائدة كقوله

مَا اِنْ اَتَيْتُ بِشَيْءٍ قَاَنْتَ تَكْرَهُهُ   اِذَنْ فَلاَ رَفَعَتْ سَوْطِي اِلَيَّ يَدِيْ

و اكثر ما زيدت بعد ما النافية اذا دخلت على جملة فعلية كما في البيت او اسمية كقوله

فَماَ اِنْ طِبُّنَا جُبْنٌ وَ لكِنْ   مَنَايَانَا وَ دُوْلَةُ آخَرِيْنَا

(٣) ان اذا ترد على وجهين الخ كما في مغني اللبيب ص٨٧ ج١ الى ص٩٣ ج١ و فيه اذا على وجهين احدهما ان تكون للمفاجاة فتختص بالجمل الاسمية و لاتحتاج الى جواب و لاتقع في الابتداء و معناها الحال لا الاستقبال نحو خرجت فاذا الاسد بالباب و منه فاذا هي حية تسعى الخ. (٤) متى الخ و في المغنى اللبيب ص٣٣٤ ج١ متى على خمسة اوجه الخ. (٥) لفظة كل الخ كذا في مغنى اللبيب ص١٩٣ ج١. (٦) كلما راجع مغني اللبيب ص٢٠١ ج١.

لان الشرط مشتق من العلامة

مهما و أى، و الظروف اين و انى و متى و متى ما و كيفما و أي، و ليس فيها ما يقتضى التكرار الا كلما، و انما لم يذكر المصنف كلمة لو(١) مع انه للشرط وضعا ذكر في شرح المفصل باعتبار انه يعمل عمل الشرط معنى لا لفظا و غيرها يعمل عمل الشرط لفظا و معنى حتى يجزم في مواضع الجزم، و في غير مواضع الجزم لزم دخول الفاء في جزائهن (لان الشرط مشتق من العلامة) هذا الكلام لايستقيم(٢) لان معنى الاشتقاق(٣) هو ان ينتظم الصيغتان معنى واحداً من لفظ الشرط و من لفظ العلامة، غير ان الشراح تكلفوا و قالوا الشرط بالتحريك العلامة، فتقدير كلامه الشرطْ مشتق من العلامة، اي من الشرط الذي هو بمعنى العلامة. ثم اعلم ان الشرط(٤) مشتق من الشرط بفتح الراء الذي بمعنى العلامة لا من شرط الحاكم و شرط اليمين فانه بسكون الراء على شروط في الكثرة، و اشرط في القلة كفلوس و افلس في جمع فلس، و اما

(١) كلمة لو الخ كذا في العناية و في آخره و في غير مواضع الجزم لزم دخول الفاء في جزائهن بخلاف كلمة لو و هذا لا مدخل له في علم الفقه انتهى و راجع فتح القدير ص٤٤٨ ج٣ و في البحر ص١٢ ج٤ و الحاصل ان ادوات الشرط ان و من و ما و مهما و اي و اين و انى و متى و متى ما و حيث و حيثما و اذا و اذاما و ايان و كيفما عند الكوفيين و لم يذكر النحاة كلا و كلما لانهما ليسا من ادوات الشرط و انما ذكرهما الفقهاء لثبوت معنى الشرط معهما و هو التعليق بامر على خطر الوجود و هو الفعل الواقع صفة الاسم الذي اضيف اليه قالوا و كلها جازمة الا لو و اذا الخ. (٢) لايستقيم الخ و في العناية ص٤٩٧ ج٣ قال في الصحاح الشرط بالتحريك العلامة و اشراط الساعة علاماتها فعلى هذا يكون معنى ما ذكر في الكتاب ان الشرط مشتق من الشرط الذي هو بمعنى العلامة لان المراد بالاشتقاق هو الاشتقاق الكبير و هو ان تجد بين اللفظين تناسبا في اللفظ و المعنى و ليس بين الشرط و العلامة تناسب لفظي فيقدر ذالك ليستقيم انتهى و في الفتح لان الشرط مشتق من العلامة يعني من اللفظ الدال على العلامة و هو الشرط بالتحريك قال تعالى فقد جاء اشراطها اي علاماتها و هذا لان الاشتقاق لابد فيه من الاشتراك في المادة و لا مشاركة بين لفظ علامة و شرط انتهى. (٣) معنى الاشتقاق الخ راجع لتحقيق معنى الاشتقاق مفصلاً في كشاف اصطلاحات الفنون ص٧٦٦ ج١ و مختصرا في مراح الارواح ص٥.

(٤) الشرط مشتق الخ و في لسان العرب الشرط الزام الشيء و التزامه في البيع و نحوه و الجمع شروط و الشريطة كالشرط و الجمع شرائط و الشرط بالتحريك العلامة و الجمع اشراط و اشراط الساعة اعلامها و هو منه و في التنزيل العزيز فقد جاء اشراطها الخ و عند الاصوليين كما في التلويح تعليق حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة و راجع لتفصيل هذا المبحث كشاف اصطلاحات الفنون ص٧٥٢ ج١ للشيخ القاضي العلامة محمد اعلى بن علي الفاروقي التهانوي الهندي رحمه الله تعالى المتوفى ١١٩١هـ المطبوعة سهيل اكيدمي لاهور، باكستان و هو كتاب ضخم جامع للاصطلاحات العلمية و مفيد جدا لامثال له في موضوعه.

و هذه الالفاظ مما يليها (١) افعال، فتكون علامات على الحنث، ثم كلمة ان صرف للشرط، لانه ليس فيها معنى الوقت،

الشرط بالتحريك فيجمع على اشراط، و منه ذكر اشراط الساعة، اي علاماتها والشرط هنا عبارة عن أمر منتظر على خطر الوجود يقصد نفيه او اثباته كقولك ان زرتني اكرمتك، و ان لم تشمتني احببتك، فمن هذا يعرف ان كلمة ان هي الاصل في باب الشرط لدخولها على الفعل، و فيه خطر بخلاف سائر الالفاظ، فانها تدخل على الاسم، و ليس فيه خطر، و انما المجازاة باعتبار تضمنها معنى ان، فكان ينبغي على هذا ان لاتستعمل كل في المجازاة للدخول على الاسم خاصة، الا ان الاسم الذي يتعقبه يوصف بفعل لامحالة، فيكون ذلك الفعل في معنى الشرط، كقولك كل عبد اشتريته فهو حر، و كل امرأة تزوجتها فهي طالق، فالحق كل بحرف الشرط ثم اعلم ان الشروط شرعية(٢) و عقلية و عرفية و لغوية، فالشرعية كالوضوء للصلاة و العقلية كالحياة مع العلم يلزم من وجود العلم وجود الحياة دون العكس و العرفية، و يقال لها الشروط العادية ايضا كالسلم مع صعود السطح يلزم من وجود صعود السطح وجود نصب السلم(٣) و اللغوية مثل التعليقات كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق، فانه يلزم من وجود الشرط وجود المشروط، فيلزم من دخول الدار وقوع الطلاق. (و هذه الالفاظ) اي ان و اذا.... الى آخرها (مما يليها افعال)(٤) يستثنى منها كلمة كل، لانها ليست شرطاً حقيقة، لان ما يليها اسم والشرط يتعلق به الجزاء، و الاجزية تتعلق بالافعال، الا انه الحق بالشرط لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها مثل كل عبد اشتريته، و كل امرأة اتزوجها، و لهذا لم يذكره النحاة في ادوات الشرط (فتكون علامات على الحنث) اي فتكون الافعال علامات على الحنث، اي على الجزاء (ثم كلمة ان صرف للشرط) اي خالص للشرط (لانه) اي لان الشان (ليس فيها معنى الوقت) لكونها اصلا في باب الشرط بدخولها على الفعل و فيه خطر فان قلت قد جاء دخولها على الاسم ايضا كقوله تعالى و

---

(١) يليها - ن - تليها. (٢) ان الشروط شرعية الخ كذا في البحر ص١١ ج٤ عن المعراج و كشاف اصطلاحات الفنون ص٧٥٤ ج١. (٣) السلم اي من غير عكس البحر الرائق. (٤) يليها افعال قال الاكمل في العناية ص٤٤٨ ج٣ و في كلامه نظر لانه استدلال على الموضوعات اللغوية و ليس ذالك طريق معرفتها و انما طريق ذالك السماع و هذه الالفاظ سمعت مستعملة في موضع الشرط فلاحاجة الى الاستدلال و لئن صح الاستدلال فدليله ههنا لايفيد مطلوبه لان مطلوبه ان هذه الفاظ الشرط و دليله لان الشرط مشتق من العلامة و هو مسلم على الوجه الذي قررناه و هذه الالفاظ مما يليها الافعال و هذا ايضا مسلم لكن قوله فتكون علامات على الحنث ليس بلازم للمقدمتين المذكورتين و هو ظاهر و كلامه واضح انتهى.

و ما وراءها ملحق بها، و كلمة كل ليس(١) شرطاً حقيقة، لان ما يليها اسم، و الشرط ما يتعلق به الجزاء و الاجزية تتعلق بالافعال، الا انه الحقت بالشرط لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها مثل قولك كل عبد اشتريته فهو حر. قال ففي هذه الالفاظ اذا وجد الشرط انحلت و انتهت اليمين لانها غير مقتضية للعموم، و التكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط، و لا بقاء لليمين بدونه، الا في كلمة كلما، فانها تقتضي تعميم(٢) الافعال. قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم الآية و من ضرورة التعميم التكرار.

ان احد من المشركين استجارك، و قوله تعالى ان امرؤ هلك فينبغي ان لايكون اصلا. قلت الفعل فيه مضمر يفسره الظاهر تقديره ان استجارك احد، ان هلك امرؤ، و انما حذف لئلا يلزم الجمع بين المفسر و المفسر (و ما وراءها) اي ما وراء كلمة ان (ملحق بها) اي بان باعتبار تضمنها معنى ان (و كلمة كل ليست شرطاً حقيقة، لان مايليها) اي لان الذي يليها (اسم) و لايليها فعل (و الشرط ما يتعلق به الجزاء، و الاجزية تتعلق بالافعال، الا انه لحقت بالشرط لتعلق الفعل) اي لملازمة الفعل (بالاسم الذي يليها، مثل قولك كل عبد اشتريته فهو حر) و كذا اذا قال كل امرأة اتزوجها فهي طالق (قال) اي القدوري رحمه الله تعالى (ففي هذه الالفاظ اذا وجد الشرط انحلت و انتهت اليمين لانها) اي لان هذه الالفاظ، اي ان و ما ذكر معها (غير مقتضية للعموم و التكرار لغة، فبوجود الفعل مرة يتم الشرط و لا بقاء لليمين بدونه) اي بدون الشرط، و ذلك لان اليمين تعليق جزاء معدوم، و الشرط اذا انتهى بوجوده مرة، لعدم دلالة اللفظ على التكرار لايبقى اليمين لا محالة (الا في كلمة كلما، فانها تقتضي عموم الافعال) و في بعض النسخ تعميم الافعال (قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم و من ضرورة التعميم التكرار)(٣) بخلاف

---

(١) ليس - ن - ليست. (٢) تعميم - ن - عموم. (٣) التكرار قال الاكمل في العناية فيه نظر من وجهين احدهما انه عد كلمة كل من الفاظ الشرط و عند وجود الشرط لم ينته اليمين فان من قال كل امرأة اتزوجها فهي طالق فتزوج امرأة طلقت و لو تزوج اخرى طلقت كذالك فكان الواجب ان يقول في الاستثناء الا في كل و كلما و الثاني أنه قال و من ضرورة التعميم التكرار و التعميم في كلمة كل موجود كما ذكرنا آنفا و لا تكرار فيه حتى لو تزوج التي طلقت ثانيا لم يقع الجزاء و الجواب عن الاول ان شرطية هذه الالفاظ انما هي باعتبار ما يليها من الافعال لان الخطر انما يحصل باعتباره و بهذا الاعتبار قد انتهت اليمين و لهذا لو تزوجها ثانيا لم تطلق و عدم الانتهاء باعتبار عموم الاسماء لم ينشأ من منشأ الشرط فلايكون مناقضا و عن الثاني ان المراد بقوله و من ضرورة التعميم تعميم الافعال لان الكلام فيه و التعميم في الافعال انما يكون بتجدد الافعال و هو المراد بالتكرار فاذا قال كلما دخلت الدار فانت طالق طلقت حتى ينتهي الى الثلاث فان تزوجها بعد زوج آخر و تكرر الشرط =>

قال فان تزوجها بعد ذلك، اي بعد زوج آخر و تكرر الشرط لم يقع شيء، لان باستيفاء الطلقات الثلاث المملوكات في هذا النكاح لم يبق الجزاء، و بقاء اليمين به و بالشرط و فيه خلاف زفر رحمه الله تعالي و سنقرره من بعد ان شاء الله تعالى. و لو دخلت على نفس التزوج بان قال كلما تزوجت

سائر الفاظ الشرط، فانها تدل على جنس الفعل لا التكرار، و جنس الفعل يتحقق في المرة الواحدة، فاذا وجد الفعل مرة انحلت اليمين، و لايقع الجزاء اذا وجد الفعل ثانياً لارتفاع اليمين (قال) اي القدوري رحمه الله تعالى (فان تزوجها بعد ذلك، اي بعد زوج آخر، و تكرر الشرط) اي الدخول (لم يقع شيء، لان باستيفاء الطلقات الثلاث المملوكات في هذا النكاح لم يبق الجزاء، و بقاء اليمين به و بالشرط) اي بالجزاء و بالشرط، لان اليمين ذكر شرط و جزاء. و في المنتقى عن ابي يوسف رحمه الله تعالى لو قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق فتزوجها مرة طلقت، و لو تزوجها ثانياً لاتطلق و لايحنث في هذا مرتين، كما في قوله المرأة التي اتزوجها طالق. فالحاصل ان عند ابي يوسف ان كلما اذا دخلت على المعينة فوجب التكرار، و في غير المعينة لاتقتضي، و استدل على ذلك بما لو قال كلما اشتريت هذا الثوب فهو صدقة في كذا و سكنت هذه الدار، فعلى صدقة كذا يلزمه لكل مرة. و لو قال كلما اشتريت ثوباً او ركبت دابة، فعلى صدقة كذا لايلزمه الا مرة، ذكره في الذخيرة (و فيه خلاف زفر رحمه الله تعالى) اي فيما اذا تزوجها بعد زوج آخر و تكرار الشرط خلاف زفر رحمه الله تعالى فعنده يقع الطلاق، و هو بناء على التخيير في مطلق التعيين عندنا، خلافاً له، و به قال مالك و الشافعي في الجديد و احمد رحمهم الله تعالى (و سنقرره من بعد ان شاء الله تعالى) اي سنقرر خلاف زفر بعد في قوله و ان قال لها ان دخلت الدار لم يقع شيء (و لو دخلت) اي لفظة كلما (على نفس التزوج بان قال كلما تزوجت

=> لم يقع شيء لان الجزاء طلقات هذا الملك و لم يبق شيء منها و بقاء اليمين ببقاء الشرط و الجزاء فاذا انتفى الجزاء ينتفى الكل انتهى و في البحر ص١٧ ج٤ قوله الا في كلما لاقتضائها عموم الافعال كاقتضاء كل عموم الاسماء لان كلمة كل موضوعة لاستغراق ما دخلت عليه كان ليس معه غيره غير ان كلما تدخل على الافعال و كل تدخل على الاسماء فيفيد كل منهما عموم ما دخلت عليه فاذا وجد فعل واحد او اسم واحد فقد وجد المحلوف عليه فانحلت اليمين في حقه و في حق غيره من الافعال و الاسماء باقية علي حالها فيحنث كلما وجد المحلوف عليه غير ان المحلوف عليه طلقات هذا الملك و هي متناهية فالحاصل ان كلما لعموم الافعال و عموم الاسماء ضروري فيحنث بكل فعل حتى ينتهى طلقات هذا الملك و كل لعموم الاسماء و عموم الافعال ضروري و لو قال المصنف الا في كل و كلما لكان اولى لان اليمين في كل و ان انتهت في حق اسم بقيت في حق غيره من =>

امرأة فهي طالق يحنث بكل مرة و ان كان بعد زوج آخر لان انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج، و ذلك غير محصور. قال و زوال الملك بعد اليمين لايبطلها، لانه لم يوجد الشرط، فبقى و الجزاء باق لبقاء محله، فبقي اليمين، ثم ان وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين و وقع الطلاق، لانه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء، فينزل الجزاء و لايبقى اليمين لما قلنا، و ان وجد في غير الملك انحلت اليمين لوجود الشرط، و لم يقع شيء لانعدام المحلية، و ان اختلفا في الشرط(١) فالقول قول الزوج الا ان تقيم المرأة البينة، لانه متمسك بالاصل، و هو عدم الشرط،

امرأة فهي طالق يحنث بكل مرة) لوجود الشرط أبداً (و ان كان بعد زوج آخر) و هذا واصل بما قبله (لان انعقادها) اي انعقاد اليمين (باعتبار ما يملك من الطلاق بالتزوج) اي بسبب التزوج (و ذلك غير محصور) اي التزوج غير محصور، فلايكون الطلاق محصوراً أيضا، لان وجود السبب بتكرر يقتضي وجود المسبب متكرراً، بخلاف كلمة كل لانه يوجب تعميم الاسماء بالافعال (قال) اي القدوري رحمه الله تعالى (و زوال الملك بعد اليمين) اي زوال ملك الرجل عن عصمة امرأته بان طلقها بائنة بعد اليمين (لايبطلها) اي لايبطل اليمين صورته. قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثم ابانها تبقي اليمين (لانه لم يوجد الشرط، فبقي) اي اليمين (و الجزاء باق لبقاء محله) لان الثلاث لم توجد (فبقى اليمين) كما كان في ذمة الحالف (ثم ان وجد الشرط) و هو دخول الدار (في ملكه) يعني بعد ان تزوجها ثانياً (انحلت اليمين) لان اللفظ لايدل على التكرار، فبوجود الشرط مرة انتهت اليمين، بخلاف كلمة كلما (و وقع الطلاق لانه وجد الشرط و المحل قابل للجزاء) المحل هي المرأة و الملك فيها موجود و الجزاء وقوع الطلاق (فينزل الجزاء و لايبقى اليمين) لانها انتهت لعدم دلالة اللفظ على التكرار (لما قلنا) اشارة الى قوله فبوجود الفعل مرة يتم الشرط (و ان وجد) اي الشرط، و هو دخول الدار (في غير الملك) يعني بعد زوال الملك قبل التزوج ثانياً (انحلت اليمين لوجود الشرط و لم يقع شيء) من الطلاق (لانعدام المحلية) اي محل الطلاق لعدم الملك (و ان اختلفا في وجود الشرط) بان قال الزوج لم يوجد الشرط و لم يقع الطلاق، و قالت الزوجة قد وجد الشرط و وقع الطلاق (فالقول قول الزوج) لان الاصل عدم الشرط و القول لمن يتمسك بالاصل (الا ان تقيم المرأة البينة) على وجود الشرط حينئذ يكون القول قولها (لانه) اي لان الزوج (متمسك بالاصل و هو عدم وجود الشرط) لدلالة الظاهر على

=الاسماء كما سيأتى انتهى. (١) في الشرط - ن - في وجود الشرط.

و لانه منكر(١) وقوع الطلاق و زوال الملك و المرأة تدعيه، فان كان الشرط لايعلم الا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها مثل ان يقول ان حضت فانت طالق و فلانة، فقالت قد حضت طلقت هي و لم تطلق فلانة، و وقوع الطلاق استحسان، و القياس ان لايقع، لانه شرط فلاتصدق، كما في الدخول. وجه الاستحسان انها امينة في حق نفسها اذ لايعلم ذلك الا من جهتها، فيقبل قولها كما قبل في حق العدة و الغشيان، و لكنها شاهدة في حق ضرتها، بل هي متهمة فلايقبل قولها في حقها،

ملك كالمدعي عليه اذا انكر المال (و لانه) اي و لان الزوج (ينكر وقوع الطلاق و زوال الملك و المرأة تدعيه) اي تدعي وقوع الطلاق، فالقول قول الزوج الا اذا اقامت المرأة البينة (فان كان الشرط لايعلم الا من جهتها، فالقول قولها في حق نفسها) و به قال الشافعي(٢) و مالك و احمد رحمهم الله تعالى في ظاهر مذهبه، ثم اوضح الذي لايعلم الا من جهتها بقوله (مثل ان يقول) اي الزوج (إن حضت فانت طالق و فلانة) يعني ضرتها (فقالت قد حضت طلقت هي و لم تطلق فلانة و وقوع الطلاق استحسان، و القياس ان لايقع) اي الطلاق (لانه) اي لان الحيض (شرط فلاتصدق) اي المرأة (كما في الدخول) اي في دخول الدار، فكان ينبغي ان يكون القول قول الزوج، و لايقع الطلاق لانه ينكر وقوع متمسكاً بالاصل (وجه الاستحسان انها امينة في حق نفسها) لان النساء امينات باظهار ما في ارحامهن مامورات بذلك لقوله تعالى و لايحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن (اذ لايعلم ذلك الا من جهتها) لانه لم يعلم الحيض الا منها (فيقبل قولها) في حقها (كما قبل في حق العدة)(٣) اي في انقضائها (و الغشيان) اي و كما قبل قولها في الغشيان، و اذا قالت انا حائض حيث يمنع الزوج عن غشيانها، و هو كناية عن الوطء (لكنها) اي لكن المرأة (شاهدة في حق ضرتها) بوقوع الطلاق عليها (بل هي متهمة) لانها ليست بامينة في حق ضرتها (فلايقبل قولها في حقها) لان شهادة المتهم مردودة، و هذا اذا كذبها الزوج. أما اذا صدقها يقع الطلاق على ضرتها ايضا، قيل فيه بحث، و هو أن المرأة لاتخلو

---

(١) منكر - ن - ينكر. (٢) قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ كذا في المغنى ص٣٦٣ ج٨ و تكملة شرح المهذب ص١٦٩ ج١٧. (٣) في حق العدة الخ و في العناية ص٤٥١ ج٣ اما قبولها في العدة فبان تقول قد انقضت او لم تنقض و اما في الغشيان فيحتمل معنيين احدهما ان تقول المطلقة الثلاث انقضت عدتي و تزوجت بزوج آخر و دخل بي الزوج الثاني و الثاني ان يقبل قولها في حق حل الجماع و حرمته بقولها انا طاهر او حائض انتهى.

و كذلك لو قال ان كنت تحبين ان يعذبك الله في نار جهنم فانت طالق و عبدي حر، فقالت احبه او قال ان كنت تحبيني فانت طالق و هذه معك فقالت احبك طلقت هي و لم يعتق العبد و لاتطلق صاحبتها لما بينا و لايتيقن بكذبها لانها لشدة بغضها اياه

من الحيض و عدمه، و الحال شمول طلاقهما او شمول عدمه لانها ان كانت حائضة فقد وجد الشرط و يقع طلاقهما و ان لم تحض لم يوجد الشرط فلايقع طلاق واحدة منهما، فاما ان يوجد الحيض في حقها دون ضرتها فانه يستلزم كون الشيء موجوداً و معدوماً في حالة واحدة و هو محال. و اجيب بان الشرع اثبت بقولها حضت في هذه الصورة وصفين متغايرين الامانة و الشهادة، و رتب على ذلك حكمين مختلفين بحسب اقتضائهما. و ليس ذلك ببدع في الشرع، فانه رتب على النكاح، و هو أمر واحد الحل للزوج و الحرمة لغيره، و فيه نظر لان الحل و الحرمة لايقتضي احدهما الوجود و الآخر العدم بخلاف ما نحن فيه. و الجواب ان اقتضاء الوجود و العدم انما هو بالنسبة الى الحيض بعينه، و ليس الكلام فيه لانه امر خفي لايطلع عليه، و انما الكلام في الامر الدال عليه، و هو قولها حضت و ليس فيه اختلاف في مقتضى وجوده و عدمه، انتهى.
قلت هذا ذكره الاكمل(١) ناقلاً عن كلام السغناقي، و هذا تطويل كان يكتفي عنه بشيء مختصر بان يقال الحيض امر خفي لايطلع عليه الا الله تعالى و المرأة هنا متهمة، و الشرع رتب عليه الحكم بحسب ما يقتضيه ظاهر الحال (و كذالك) اي و كذالك الحكم في ان القول قول المرأة في حقها دون حق غيرها (لو قال) الزوج لامرأته (ان كنت تحبين ان يعذبك الله في نار جهنم فانت طالق و عبدي حر فقالت احبه) فالقول قولها في حق نفسها فتطلق و لايقبل في حق غيرها فلايعتق العبد (او قال) اي او قال الزوج لامرأته (ان كنت تحبيني) يجوز بنون العماد و بتركه ايضا لانه ليس بلازم في المضارع الذي في آخره نون الاعراب (فانت طالق و هذه معك) و اشار بهذه الى ضرتها و عبدي حر (فقالت احبك طلقت هي) اي المرأة المخاطبة و لم يعتق العبد و لاتطلق صاحبتها) و هي ضرتها اطلق عليها صاحبتها باعتبار الظاهر. و في الحقيقة هي عدوتها (لما بينا) اشارة الى قوله امينة في حق نفسها شاهدة في حق ضرتها (و لايتيقن(٢) بكذبها لانها لشدة بغضها اياه) اي زوجها و البغض ضد الحب و استعمل بمعنى الابغاض، حيث ذكر له

---

(١) الاكمل في العناية ص٤٥١ ج٣. (٢) و لايتيقن الخ جواب سوال تقديره نزول الجزاء باعتبار خبرها بناء على احتمال صدقها فاما هنا فكذبها متيقن فكيف نحكم بالجزاء مع العلم بانتفاء الشرط اجاب بمنع تيقنه فان الانسان قد يبلغ به ضيق الصدر و عدم الصبر و سوء الحال الى درجة يحب الموت فيها فجاز ان تحملها شدة بغضها مع غلبة الجهل و عدم الذوق للعذاب في الحال على تمنى الخلاص منه بالعذاب الخ فتح القدير ص٤٥٣ج٣.

قد تحب التخليص منه بالعذاب، و في حقها ان تعلق الحكم باخبارها و ان كانت كاذبة ففي حق غيرها بقي الحكم على الاصل و هي المحبة، و اذا قال لها اذا حضت فانت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر ثلاثة ايام، لان ما ينقطع دونه(١) لايكون حيضا فاذا تمت ثلاثة ايام حكمنا بالطلاق من حين حاضت لانه بالامتداد عرف انه من الرحم فكان حيضاً من الابتداء.

مفعولاً، و هو قوله اياه، اي لشدة ابغاض المرأة زوجها (قد تحب التخليص منه) اي من الزوج (بالعذاب) اي بعذاب نار جهنم، لان الجاهل قد يختار عذاب الآخرة على صحبة من يبغضه فلم يتيقن بكذبها (و في حقها) اي و في حق المرأة المخاطبة (ان تعلق الحكم باخبارها) ان بفتح الهمزة يجوز ان تكون زائدة كما في قوله تعالى فلما ان جاء البشير القاه و يقال لما ان جاء اكرمته، و يجوز أن تكون مصدرية، و ان تكون مخففة من الثقيلة على ان ضمير الشان فيها مستتر. (و ان كانت كاذبة) كلمة ان هذه بالكسر واصلة بما قبله (ففي حق غيرها بقي الحكم على الاصل، و هو) اي الاصل (عدم المحبة)(٢) و بقولنا قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى في ظاهر مذهبه، و عنه ان كذبها لايقع. و لو قال(٣) لها ان كنت تحبيني بقلبك فانت طالق فقالت احبك بقلبي او قالت احبك و كذبها الزوج طلقت عندهما. و قال محمد رحمه الله تعالى ان كانت كاذبة فيما بينها و بين الله تعالى لاتطلق (و اذا قال لها اذا حضت فانت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر ثلاثة ايام، لان ما ينقطع دونها لايكون حيضاً) لان ما دون ثلاثة ايام لايكون حيضاً (فاذا تمت ثلاثة ايام حكمنا بالطلاق من حين حاضت لانه) اي لان الذي رأته عن الدم (بالامتداد عرف انه من الرحم فكان حيضاً من الابتداء) اي من اول الامر، و فائدته(٤) تظهر في غير الموطوءة، فانها لما رأت دماً و تزوجت بزوج آخر فاستمر بها الدم ثلاثة ايام كان النكاح صحيحاً، و تظهر فيما اذا قال ان حضت فعبدي حر، و المسألة بحالها كان العبد حراً من حين رأت الدم، و تظهر في حق الجناية من العبد، و قيل يجب على المفتي أن يجيب بقوله كانت

---

(١) دونه - ن - دونها. (٢) قوله (و هو) اي الاصل (عدم المحبة) فمفهومه ظاهر و في اكثر نسخ الهداية (و هي المحبة) و في بين السطور للهداية و هي غير معلومة فلذا لايعتق العبد و لايطلق صاحبتها. (٣) ولو قال لها ان كنت تحبيني الخ كذا في فتح القدير ص٤٥٣ ج٣. (٤) و فائدته الخ كذا في الكفاية و الفتح و لفظ الكفاية كان العبد حرا من حين رأت الدم حتى كان الاكساب للعبد و تظهر ايضا في حق الجناية منه و عليه. و لفظ الفتح و يجب على المفتي ان يعين ذالك فيقول طلقت حين رات الدم الخ.

و لو قال لها اذا حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضها ، لان الحيضة بالهاء هي الكاملة منها ، و لهذا حمل عليه في حديث الاستبراء و كمالها بانتهائها ، و ذلك بالطهر ،

مطلقة من اول ثلاثة ايام اذا سئل بعد الاستمرار ، و لايقول يقع الطلاق لوهم فهم الحال و الاستقبال و عند الشافعي رحمه الله تعالى لو انقضى يوم و ليلة يقع الطلاق و فيه وجه مشهور انه يقع من اول الرؤية ، و به قال احمد رحمه الله تعالى. و قال ابن المنذر لانعلم احداً قال غير ذلك الا مالكاً فان ابن القاسم روى عنه انه يحنث حين تكلم به و لو كانت حائضاً لم يقع حتى تطهر ثم تحيض ، و كذا لو قال لطاهر انت طالق اذا طهرت لم تطلق حتى تحيض ثم تظهر ، و به قال الشافعي و احمد ذكره في المغني(١) (و لو قال لها ان حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضها ، لان الحيضة بالهاء هي الكاملة منها) اي من الحيضة ، لان الفعلة بالفتح للمرة ، و المرة من الحيض لايكون الا بكماله و كماله بانتهائه و انتهاؤه بالطهر (و لهذا) اي و لاجل ان الحيضة بالهاء هي الشيء الكامل او الدم الكامل من الحيضة (حمل عليه) اي على الكامل (في حديث الاستبراء) اي قوله عليه الصلوة و السلام لاتوطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ، و لا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة ، رواه ابوداود(٢) في سننه عن شريك عن قيس بن وهب عن ابي الوداك عن ابي سعيد الخدري رضي الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في سبايا اوطاس لاتوطأ حامل حتى تضع و لا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة ، و رواه الحاكم في المستدرك ، و قال صحيح على شرط مسلم ، و اعله(٣) ابن القطان في كناية شريك ، و قال انه بدائن و هو ممن ساء حفظه بالقضاء و روى ابوداود(٤) ايضا من حديث رويفع بن ثابت الانصاري رضي الله تعالى عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لايحل لمن يؤمن بالله و اليوم الآخر ان يقع على امرأة من السبي حتى يستبرئها . و روى ابن ابي شيبة(٥) في مصنفه من حديث علي رضي الله تعالى عنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان توطأ الحامل حتى تضع او الحائض حتي تستبرأ بحيض ، انتهى . و الاوطاس واد في بلاد هوازن و هو موضع حرب حنين (و كمالها) اي و كمال الحيضة (بانتهائها و ذلك) اي الانتهاء (بالطهر) لان الشيء ينتهى

---

(١) المغني ص٣٦٤ ج٨ . (٢) ابوداود كتاب النكاح باب في وطي السبايا ص٠٣٠٠ ج١ . (٣) و اعله ابن القطان و ما فهمت هذه العبارة فراجع لتحقيق احوال الشريك تهذيب التهذيب لابن حجر ٣٣٣ (٥٧٧) ج٤ و ميزان الاعتدال للذهبي ص٢٦٩ (٣٦٩٦) ج٢ و قد اطالا الكلام في ترجمته . (٤) ابوداود باب في وطي السبايا ص٣٠٠ ج١ . (٥) ابن ابي شيبة ما قالوا في الرجل يشتري الجارية و هي حامل الخ ص٣٧ ج٤/٢ .

و اذا قال انت طالق اذا صمت يوماً طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم، لان اليوم اذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار بخلاف ما اذا قال لها(١) اذا صمت لانه لم يقدره بمعيار، و قد وجد الصوم بركنه و شرطه. و من قال لامراته اذا ولدت غلاما فانت طالق واحدة، و اذا ولدت جارية فانت طالق ثنتين فولدت غلاماً و جارية و لايدري ايهما اول لزمه في القضاء تطليقة، و في التنزه تطليقتان و انقضت العدة، لانها لو ولدت الغلام اولا وقعت واحدة و تنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لاتقع أخرى به، لانه حال انقضاء العدة

بضده، ثم الطهارة عن الحيض تثبت بالانقطاع عن العشرة بمضي العشرة، و فيما دونها تثبت بالاغتسال او بمضي وقت صلاة، فما لم يثبت احدهما لم يثبت الانقطاع، كذا في مبسوط شيخ الاسلام، و لهذا قالوا كان الطلاق في الاولى بدعيا. و في الثانية سنيا لوقوعه في الطهر بعد الحيض، ذكره التمرتاشي (و اذا قال لها انت طالق اذا صمت يوماً طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم فيه، لان اليوم اذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار) و الصوم فعل ممتد (بخلاف ما اذا قال صمت) يعني من غير زيادة عليه فانها اذا شرعت في الصوم يقع الطلاق بمجرد الشروع (لانه لم يقدره بمعيار) اي لان الزوج لم يقدر الصوم باليوم والمراد من المعيار الوقت المثبت لقدر الفعل، حيث يطول بطوله و يقصر بقصره. و وقت الصوم للصوم معيار لا ظرف بخلاف الصلاة، فان وقتها ظرف لا معيار كما ذكر في الاصول (و قد وجد الصوم بركنه) و هو الامساك(٢) عن المفطرات الثلاث نهارا (و شرطه) و هو النية و الطهارة من الحيض و النفاس (و من قال لامرأته اذا ولدت غلاماً فانت طالق واحدة، و اذا ولدت جارية فانت طالق ثنيتن فولدت غلاماً و جارية، و لايدري ايهما اول) اي و لم يعلم اي الولدين ولد اول الغلام اسم لذكر لم يبلغ، فاذا بلغ صار شاباً، و الجارية اسم لانثى لم تبلغ، و قد سمي الجارية غلاماً (لزمه في القضاء تطليقة، و في التنزه) التباعد عن السوء و التورع عن مظان الحرمة، لان ترك وطء امرأة يحل وطأها خير من أن يطأ امرأة محرمة عليه حتى لو كانت عنده بتطليقة لاتتزوج الا بعد زوج آخر احتياطاً، كذا في المبسوط(٣) (تطليقتان) اي لزمه تطليقتان (و انقضت العدة) بالولد الاخير (لانها لو ولدت الغلام اولا وقعت واحدة و تنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لاتقع اخرى به، لانه حال انقضاء العدة) والطلاق لايقع مع انقضاء العدة، لانه حال الزوال و المزيل لايعمل حال الزوال

---

(١) قال لها اذا صمت - ن - قال اذا صمت. (٢) و هو الامساك الخ و في الكفاية بركنه و هو الامساك عن المفطرات نهارا و شرطه و هو النية و الاهلية. (٣) المبسوط للسرخسي ص١٠٤ ج٦ و العناية ص٤٥٥ ج٣.

و لو ولدت الجارية اولا وقعت تطليقتان و انقضت عدتها بوضع الغلام ثم لايقع شيء آخر به لما ذكرنا انه حال الانقضاء، فاذا في حال يقع(١) واحدة، و في حال يقع(٢) ثنتان فلاتقع الثانية بالشك، و الاحتمال و الاولى ان ناخذ(٣) بالثنتين تنزهاً و احتياطاً، و العدة منقضية بيقين لما بينا و ان قال لها ان كلمت اباعمرو وابايوسف فانت طالق ثلاثاً ثم طلقها واحدة فبانت و انقضت عدتها فكلمت اباعمرو ثم تزوجها فكلمت ابايوسف فهي طالق ثلاثا مع الواحدة الاولى. و قال زفر رحمه الله تعالى لايقع، و هذه على وجوه، اما ان وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق و هذا ظاهر او وجدا في غير الملك فلايقع او وجد الاول في الملك، و الثاني في غير الملك فلايقع ايضاً، لان الجزاء لا ينزل في غير الملك فلايقع

(و لو ولدت الجارية اولا وقعت تطليقتان و انقضت عدتها بوضع الغلام، ثم لايقع شيء آخر به) اي بوضع الغلام (لما ذكرنا انه حال الانقضاء) اي انقضاء العدة (فاذا في حال يقع واحدة، و في الحال يقع ثنتان فلاتقع الثانية بالشك و الاحتمال، و الاولى أن ياخذ) على صيغة المعلوم(٤) اي ان ياخذ الزوج، او ان ياخذ القاضي او ياخذ المفتي (بالثنتين تنزها) اي تورعاً (و احتياطاً) و انتصابهما على التعليل. و قال الاترازي و يجوز ان يقال بناء الغائب على صيغة المجهول باسناد الفعل الى الجار و المجرور (و العدة منقضية بيقين لما بينا) اي لانها لو ولدت الغلام اولا ينقضي عدتها بوضع الجارية، و لو وضعت الجارية اولا ينقضي عدتها بوضع الغلام، لان الحامل عدتها بوضع الحمل بالنص. (و ان قال لها ان كلمت اباعمرو و ابايوسف فانت طالق ثلاثاً ثم طلقها واحدة فبانت و انقضت عدتها فكلمت اباعمرو ثم تزوجها فكلمت ابايوسف فهي طالق ثلاثاً مع الواحدة الاولى) اي الطلقة الاولى التي نجزها بعد التطليق (و قال زفر رحمه الله تعالى لايقع، و هذه) اي هذه المسألة (على وجوه) الاولى هي قوله (أما ان وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق، و هذا ظاهر) اي وقوع الطلاق ظاهر لوجود الشرط في الملك، و هذا لا خلاف فيه، و الثانيه هي قوله (او وجدا) اي الشرطان (في غير الملك فلايقع) اي الطلاق و الثالثة هي قوله (او وجد الاول) اي الشرط الاول (في الملك و الثاني) اي وجد الشرط الثاني (في غير الملك فلايقع) اي الطلاق (ايضا، لان الجزاء) و هو الطلاق (لاينزل على غير الملك فلايقع) لانها غير محل، و فيها

---

(١) يقع - ن - تقع. (٢) يقع - ن - تقع. (٣) ناخذ - ن - يؤخذ - ن - ياخذ. (٤) على صيغة المعلوم فههنا ثلاث نسخ الاولى ناخذ صيغة جمع المتكلم للمضارع المعلوم و الثانية صيغة الواحد المذكر للمضارع المعلوم و الثانية صيغة الواحد المذكر للمضارع المجهول.

او وجد الاول في غير الملك، و الثاني في الملك، و هي مسألة الكتاب الخلافية له اعتبار الاول بالثاني اذ هما في حكم الطلاق كشيء واحد. و لنا ان صحة الكلام باهلية المتكلم الا ان الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود لاستصحاب الحال فيصح اليمين و عند تمام الشرط لينزل الجزاء، لانه لاينزل الا في الملك، و فيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين، فيستغني عن قيام الملك اذ بقاؤه بمحله و هو الذمة،

خلاف ابن ابي ليلى رحمه الله تعالى ذكره في المبسوط. و الرابعة و هي قوله (او وجد الاول) اي الشرط الاول (في غير الملك و الثاني) اي وجد الشرط الثاني (في الملك، و هي مسألة الكتاب الخلافية) بيننا و بين زفر رحمه الله تعالى (له) اي لزفر رحمه الله تعالى (اعتبار الاول بالثاني) اي اعتبار الوصف الاول بالوصف الثاني، كذا فسره الاترازي، ثم قال بيانه ان الوصف الثاني لو وجد في غير الملك لاينزل الجزاء، فكذا اذا وجد الاول في غير الملك ينبغي ان لاينزل الجزاء، لان كلام احدهما بعد الشرط ككلام آخر، و في احدهما يشترط الملك، فكذا في الآخر. و قال تاج الشريعة قوله اعتبار الاول بالثاني، يعني ان الملك شرط لوقوع الطلاق عند وجود الشرط الثاني، فكذلك عند وجود الشرط الاول (اذ هما) اي الشرطان (في حكم الطلاق كشيء واحد)(١) من حيث انه لايقع الا بهما (و لنا ان صحة الكلام باهلية المتكلم) اي صحة هذا الكلام الذي هو اليمين باهلية المتكلم، و هو كونه عاقلاً بالغاً، و هي قائمة به فيكون صحة الكلام قائمة به، و محله الذمة، فاذا كان كذلك كان ينبغي ان لايشترط الملك وقت التعليق، فاجاب عن ذلك بقوله (الا ان الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود لاستصحاب الحال) لان استصحاب الحال عبارة عن ابقاء ما كان علي ما كان لعدم الدليل المزيل، فاذا كان الملك باقياً عند وجود الشرط بالنظر الي الاستصحاب ينزل الجزاء عنده غالباً، لان الاصل في كل ثابت دوامه. و ان كان يحتمل الملك الزوال حينئذ، فاذا كان كذلك (فيصح اليمين) لان الجزاء الذي هو غالب الوجود يتحقق حينئذ فيحصل اليمين و هو القوة (و عند تمام الشرط) اي شرط بقاء الملك ايضا عند تمام الشرط (لينزل الجزاء لانه لاينزل الا في الملك) و لاينزل في غير الملك (و فيما بين ذلك الحال) اي بين حالة التعليق، و تمام الشرط (حال بقاء اليمين فيستغني عن قيام الملك اذ بقاؤه) اي بقاء اليمين (بمحله و هو الذمة) اي ذمة الحالف، و انما ذكر الضمير الراجع الى اليمين، و ان كان مؤنثة

---

(١) كشيء واحد الخ و في العناية ص٤٥٦ ج٣ كشيء واحد يعني من حيث ان الطلاق لايقع الا بهما فصار الشرطان بمنزلة شرط واحد و لو كان شرطا واحدا لما وقع بدون الملك فكذالك هذا انتهى و كذا في الكفاية.

و ان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا فطلقها ثنتين و تزوجت زوجاً آخر و دخل بها ثم عادت الى الاول فدخلت الدار طلقت ثلاثاً عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى هي طالق ما بقي من الطلقات و هو قول زفر رحمه الله تعالى. و اصله ان الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث عندهما،

على تاويله التعليق، لان تعليق الطلاق و العتاق يمين عند الفقهاء (و ان قال لها) اي و ان قال رجل لامرأته (ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثاً فطلقها ثنتين و تزوجت زوجا آخر و دخل بها ثم عادت الى الاول) اي الزوج الاول (فدخلت الدار طلقت ثلاثا عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى) قال ابن المنذر هذا قول ابن عمر و ابن عباس رضي الله عنهم و به قال عطاء و شريح و النخعي. و في المبسوط(١) و هو قول ابن مسعود رضي الله تعالى عنه (و قال محمد رحمه الله تعالى هي طالق ما بقي من الطلاق، و هو قول زفر رحمه الله تعالى) و هو قول جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم و التابعين و به قال مالك و الشافعي و احمد و اصحابهم رحمهم الله (و اصله) اي اصل هذا الخلاف (ان الزوج الثاني يهدم(٢) ما دون الثلاث عندهما) اي عند

---

(١) المبسوط للسرخسي رحمه الله تعالى ص٩٥ ج٦ و لفظه و ان طلق امرأته واحدة او اثنتين ثم تزوجها بعد زوج قد دخل بها فهي عنده على ثلاث تطليقات مستقبلات في قول ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى و هو قول ابن عباس و ابن عمر وابراهيم و اصحاب عبدالله بن مسعود رضي الله تعالى عنهم و عند محمد و زفر و الشافعي رحمهم الله تعالى هي عنده بما بقي من طلاقها و هو قول عمر و علي و ابي بن كعب و عمران بن الحصين و ابي هريرة رضي الله تعالى عنهم فاخذ الشبان من الفقهاء بقول المشائخ من الصحابة رضوان الله عليهم و المشائخ من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة رضوان الله عليهم الخ. (٢) يهدم راجع له نور الانوار في اصول الفقه ص٢٣ و اوجز المسالك ص٤٢٧ ج٤ و في العناية ص٤٥٧ ج٣ مسئلة الهدم معروفة و ثمرة الاختلاف لاتظهر فيما ذكره في الكتاب فانها اذا تزوجت بزوج آخر و عادت الى الزوج الاول ثم دخلت الدار يقع عليها الثلاث بالاتفاق اما عند محمد فلعدم الهدم و اما عندهما و ان وجد الهدم فبالدخول في الدار يقع الثلاث لان الثلاث معلقة بدخول الدار و انما تظهر فيما اذا علق الطلقة الواحدة بدخول الدار ثم طلقها طلقتين و تزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الاول فدخلت الدار تثبت الحرمة الغليظة عند محمد رحمه الله تعالى لعدم الهدم و عندهما لا لتحققه انتهى. و نحوه في الكفاية و في فتح القدير ص٤٥٧ ج٣ فائدة الخلاف لاتظهر في الصورة المذكورة في الكتاب للاتفاق فيها على وقوع الثلاث اما عند محمد رحمه الله تعالي فلان الباقي واحدة بها يكمل الثلاث و اما عندهما فالثلاث المعلقة بواسطة ملكه ثنتين بالهدم مع الواحدة الباقية و انما تظهر فيما اذا علق طلقة واحدة ثم نجز ثنتين ثم تزوجت بغيره ثم عادت الى الاول ثم وجد الشرط فعند محمد رحمه الله تعالى تحرم حرمة =>

فتعود اليه بالثلاث. و عند محمد و زفر رحمهما اللّه تعالي لايهدم ما دون الثلاث فتعود اليه بما بقي، و سنبين من بعد إن شاء اللّه تعالى. و ان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثاً، ثم قال انت(١) طالق ثلاثاً فتزوجت غيره و دخل بها ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار لم يقع شيء. و قال زفر رحمه اللّه تعالى يقع الثلاث، لان الجزاء ثلاث مطلق لاطلاق اللفظ، و قد بقي احتمال وقوعها فيبقى(٢) اليمين. و لنا ان الجزاء طلقات هذا الملك، لانها هي المانعة، لان الظاهر عدم ما يحدث

ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما اللّه تعالى (فتعود اليه بالثلاث) اي فتعود المرأة الى الزوج الاول بثلاث تطليقات (و عند محمد و زفر رحمهما اللّه تعالى لايهدم مادون الثلاث فتعود اليه بما بقي) من الطلاق (و سنبين من بعد ان شاء اللّه تعالى) اي في آخر فصل فيما تحل به المطلقة (و ان قال لها) اي و ان قال رجل لامرأته (ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثاً، ثم قال لها انت طالق ثلاثا فتزوجت غيره و دخل بها ثم رجعت الى الاول) اي الى الزوج الاول (فدخلت الدار لم يقع شيء) عند علمائنا الثلاثة، و به قال الشافعي في الجديد على المنصوص و مالك و احمد رحمهم اللّه تعالى قال ابن المنذر رحمه اللّه تعالى اجمع كل من يحفظ عنه من اهل العلم على ذلك (و قال زفر) و الشافعي رحمهما اللّه تعالى في قول (يقع الثلاث، لان الجزاء ثلاث مطلق) لان الثلاث المملوكات يتناول ثلاث طلقات مطلقاً، سواء كانت مملوكة في الحال او مستحدثة في المآل و ذلك (لاطلاق اللفظ) و اللفظ المطلق لايتناول المقيد، لانه ضده حكماً (و قد بقي احتمال وقوعها) اي احتمال وقوع طلقات ثلاث مطلق (فتبقى اليمين) فاذا وجد المحل يقع الجزاء، و الدليل على انه لم يصرف الى الطلقات الثلاث المملوكات مسألة الهدم، فلو انصرف الى ملك قائم يوقع بما بقى، و كما(٣) لو قال كلما تزوجتك فانت طالق ثلاثا فتزوجها بعد زوج آخر يبقى اليمين، و بدليل و لو قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فباعه ثم اشتراه و دخل الدار يعتق، فلو تقيد الجزاء بهذا الملك لما عتق، و لهذا لو قال أن دخلت الدار فانت على كظهر أمي ثم طلقها ثلاثا ثم عادت اليه بعد زوج آخر يكون مظاهراً عنها، و كيف يبطل التعليق التنجيز، لان ما صادفه التنجيز طلاق، و ما صادفه التعليق ما سيصير طلاقاً (و لنا ان الجزاء طلقات هذا الملك) بدلالة الحال (لانها) اي لان طلقات هذا الملك (هي المانعة اذ الظاهر عدم ما يحدث) و كل ما

=> غليظة و عندهما لا اذ يملك بعد الوقوع ثنتين انتهى. (١) ثم قال انت - ن - ثم قال لها انت. (٢) فيبقى - ن - فتبقى. (٣) و كما الخ راجع لهذا البحث الشروح الثلاثة.

و اليمين تعقد للمنع او الحمل، و اذا كان الجزاء ما ذكرناه و قد فات بتنجيز الثلاث المبطل للمحلية، فلاتبقى اليمين، بخلاف ما اذا ابانها لان الجزاء باق لبقاء محله. و لو قال لامرأته اذا جامعتك فانت طالق ثلاثاً فجامعها، فلما التقى

كان مانعاً من وجود الشرط او حاملا عليه فهو الجزاء (و اليمين تعقد للمنع او الحمل) و هنا عقدت للمنع، فيكون الجزاء طلقات هذا الملك (و اذا كان الجزاء ما ذكرناه) و هو قوله ان طلقات هذا الملك الى آخره (و قد فات) اي و الحال ان الجزاء قد فات (بتنجيز الثلاث المبطل للمحلية) يعني لايبقى محلاً للطلاق (فلاتبقى اليمين) لان بفوات محل الجزاء يبطل اليمين لفوات محل الشرط بان قال ان دخلت هذه الدار فانت طالق، ثم جعلت الدار بستاناً لايبقى اليمين، فهذا مثله. فان قلت(١) انعقاد اليمين لو انحصر في المنع و الحمل لم يصح ان يقال ان حضت فانت طالق، لانه لايتصور فيه منع و لاحمل لكون الحيض عارضاً سماوياً. قلت اجيب بان الاعتبار للغالب الشائع دون النادر، و فيه نظر، لان السوال لم ينحصر في صورة الحيض حتى يكون نادراً، و انما هو آت في الوجدانيات كالمحبة و الكراهة و الجوع وغيرها و الصواب ان يقال ان الشرط في مثل ذلك هو اخبارها عن ذلك و المحل و المنع فيه متصور (بخلاف ما اذا ابانها) يتعلق بقوله - و قد فات بتنجيز الثلاث - اي فات الجزاء بتنجيز الثلاث المبطل للمحلية، بخلاف ما اذا ابانها بطلقة او بطلقتين (لان الجزاء باق لبقاء محله) اي محل الجزاء ولهذا اذا عادت اليه بعد زوج آخر عادت بطلقات ثلاث عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى و هي مسألة الهدم، لان في صورة الابانة بطلقة او بطلقتين يزول المحل لا الملك، و الدليل على بقاء الملك ان الزوج الاول تزوجها بلا تحليل زوج آخر. و الجواب عن مسألة الهدم ان اليمين بقيت ببقاء الجزاء، لان اليمين لاينقسم على الجزاء كما لاينقسم على الشرط، و لما بقيت اليمين بالملكية صار كانه قائل عند الدخول انت طالق ثلاثاً و هو يملك الثلاث فيقع. و عن مسألة العبد ان تعليق عتقه انما لايبطل اليمين بعد البيع، لان محلية العتق لم تبطل بالبيع و قد كان محلا للعتق بصفة الرق، و الرق باق بعد البيع، حتى اذا اعتقه لايبقى اليمين لفوات المحل، و عن مسألة الظهار ان محل الظهار لم يفت بتنجيز الطلقات الثلاث لان حرمة الظهار غير حرمة الطلاق لان الاولى متناهية بالتكفير و الثانية بالزوج الآخر، و انما لايصير مظاهراً بعد التطليقات الثلاث، لان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة و لايتحقق ذلك الا بالتزوج (و لو قال لامرأته اذا جامعتك فانت طالق ثلاثا فجامعها، فلما التقى

---

(١) فان قلت الخ كذا في العناية ص٤٥٨ ج٣.

الختانان طلقت ثلاثاً و ان لبث ساعة لم يجب عليه المهر و ان اخرجه ثم ادخله(١) وجب عليه المهر و كذا اذا قال لامته اذا جامعتك فانت حرة. و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه اوجب المهر في الفصل الاول ايضا لوجود الجماع بالدوام عليه الا انه لايجب عليه الحد للاتحاد وجه الظاهر ان الجماع ادخال الفرج في الفرج و لادوام للادخال بخلاف ما اذا اخرج ثم اولج لانه وجد الادخال بعد الطلاق الا ان الحد لايجب لشبهة الاتحاد بالنظر الى المجلس و المقصود و اذا لم يجب الحد وجب العقر، اذ الوطء لايخلو عن احدهما. و لو كان الطلاق رجعياً يصير مراجعاً باللباث عند ابي يوسف رحمه الله خلافاً لمحمد رحمه الله تعالى

الختانان طلقت ثلاثاً، و ان لبث ساعة لم يجب عليه المهر) اي العقر، و هو مهر المثل (و ان اخرجه ثم اولجه) من الايلاج و هو الادخال (وجب عليه المهر، و كذا) اي و كذا لايجب المهر باللبث و المكث (اذا قال لامته اذا جامعتك فانت حرة. و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه اوجب المهر في الفصل الاول ايضا) و هو ما اذا لبث ساعة بعد الادخال (لوجود الجماع بالدوام عليه) اي على اللبث، و معناه انه جعل الدوام على اللبث بعد الدخول بمنزلة الدخول الابتدائي (الا انه لايجب عليه الحد للاتحاد) اي لاتحاد الايلاج الحلال مع اللبث الحرام من حيث المقصود، و هو قضاء الشهوة، فكان الجماع واحدا من وجه، و اوله غير موجب للحد، فسقط الحد و وجب العقر، لان الوطء المحرم لايخلو عن عقر او حد، و على هذا الخلاف اذا قال لامته ان جامعتك فانت حرة. (وجه الظاهر) اي ظاهر الرواية (ان الجماع ادخال الفرج في الفرج) و لم يوجد ذلك بعد الطلقات و العتق (و لا دوام للادخال) حتى يكون لدوامه حكماً لابتداء كمن حلف ان لايدخل هذه الدار و هو فيها لايحنث باللبث ساعة، و كذا لو حلف لايدخل فرسه الاصطبل و هو فيها فامسكها فيه لايحنث (بخلاف ما اذا اخرج ثم اولج، لانه وجد الادخال بعد الطلاق، الا ان الحد لايجب بشبهة الاتحاد) اي بين الاخراج و الايلاج (بالنظر الى المجلس و) بالنظر الى (المقصود) و هو قضاء الشهوة (فاذا لم يجب الحد وجب العقر) اي مهر المثل. و في ديوان(١) الادب العقر مهر المرأة اذا وطئت على شبهة، و المراد منه مهر المثل و به فسر العتابي العقر في شرح الجامع الصغير (اذ الوطء) المحرم اي لان الوطء المحرم (لايخلو عن احدهما) اي عن احد العقر و الحد (و لو كان الطلاق رجعياً يصير مراجعاً باللباث) اي باللبث و المكث (عند ابي يوسف رحمه الله تعالى خلافا لمحمد رحمه الله تعالى) فانه لايصير مراجعا عنده، لانه نظير الدخول و الدوام على الدخول ليس

---

(١) ادخله – ن – اولجه. (٢) و في ديوان الادب الخ كذا في العناية.

لوجود المساس، و لو نزع ثم اولج صار مراجعاً بالاجماع لوجود الجماع.

فصل في الاستثناء

بدخول (لوجود المساس) و هو دليل(١) ابي يوسف رحمه الله تعالى اي دوام المساس بشهوة (و لو نزع ثم اولج صار مراجعاً بالاجماع لوجود الجماع) النزع الاخراج و الايلاج الادخال، قال الله تعالى يولج الليل في النهار و يولج النهار في الليل فروع. لو قال انت طالق اذ دخلت الدار كان شرطاً مثل ان عند احمد رحمه الله تعالى و روى ذلك عن ابي يوسف رحمه الله تعالى و قيل لايتعلق لانها للمضي، كانه قال امس. و في جوامع الفقه لايقع، و قال بعض اصحاب الشافعي رحمه الله يقع في الحال، و لايتعلق. و كذا لو قال انت طالق لو لا دخولك الدار لايقع و في المغنى(٢) قال انت طالق اذ دخلت الدار يقع لان اذ للمضي، و يحتمل ان لايقع كقوله امس، و عندنا يقع فيهما، و في جوامع الفقه قال ادخلي الدار فانت طالق تطلق، لان جواب الامر كالشرط بالفاء. و في المبسوط و الذخيرة قال ادي الى الفا و انت طالق لايقع حتى تؤدي، لانه جواب الامر، و في المبسوط لان الواو للحال. و لو قال ادي الفا فانت طالق يقع في الحال، لان الفاء للتعليل. و لو قال ان وطئتك فيمينه على الجماع، و قال ابن قدامة(٣) و عن محمد بن الحسن يمينه على الوطئ بالقدم. و لو قال اردت به الجماع لم يقبل و قد غلط ابن قدامة في النقل عن محمد رحمه الله تعالى فان محمداً ذكر في الجامع و لو قال لها ان وطئتك فهو على الجماع في فرجها بذكره، و لو نوى الدوس بالقدم لايصدق في الصرف عن الجماع و يحنث بالدوس بالقدم ايضاً لاعترافه به على نفسه. و لو قال ان وطئت من غير ذكر امرأة فهو على الدوس بالقدم و هو اللغة و العرف، و ذلك باتفاق اصحابنا، و لو قال رجل لامرأة غيره اذا دخلت الدار فانت طالق فبلغ الزوج فاجازه صح، حتى لو دخلت بعد الاجازة تطلق.

(فصل في الاستثناء)

اي هذا فصل في بيان حكم الاستثناء و هو التكلم بالباقي بعد الثنيا هو الاستفعال من الثني و هو الصرف، يقال ثنيته اي عطفته، و الحق(٤) الاستثناء بالتعليق، لانها جميعا من بيان التغيير

---

(١) و هو دليل الخ و في العناية ص٤٥٩ ج٣ لوجود المساس اشارة الى ان هذا له حكم دوام الجماع فيكون البقاء كابتداء الوجود عند ابي يوسف و اما دوام المساس فهو موجود بالاجماع و عن هذا قيل ينبغي ان يصير مراجعا في هذه الصورة عند الكل لوجود المساس بشهوة انتهى. (٢) المغني ص٣٥٩ ج٨. (٣) قال ابن قدامة رحمه الله تعالى في المغنى ص٢٩١ ج٨ عنوان تعليق على الوطئ. (٤) و الحلق الخ كذا في حاشية الهداية من النهاية و في العناية ص٤٥٩ ج٣ و لما كان التعليق لكونه يمنع كل الكلام اقوى من الاستثناء لانه يمنع بعضه =>

و اذا قال لامرأته انت طالق ان شاء الله تعالى متصلاً لم يقع الطلاق

و لان الشرط يمنع كل الكلام، و الاستثناء بعضه و الجزء مقدم على الكل (و اذا قال لامرأته انت طالق ان شاء الله تعالى متصلا لم يقع الطلاق) قيل(١) كان ينبغي ان يذكر هذه المسألة في الفصل المتقدم، لانها ليست باستثناء بل هي تعليق. و اجيب بان للتعليق بمشيئة الله تعالى شبهاً قويا بالاستثناء يمنع حكم صدر الكلام عما كان قبل الاستثناء بحيث لايتوقف وجوده على وجود الشرط، فكذا حكم صدر الكلام يمتنع اصلا في التعليق بمشيئة الله تعالى، و لايتوقف على وجود الشرط، فلهذه المناسبة ذكر التعليق بالمشيئة في فصل الاستثناء. قوله - متصلا - نصب على انه صفة لمصدر محذوف، اي قولا متصلاً، و المراد من الاتصال ان لايقطع قوله ان شاء الله تعالى قبل قوله انت طالق بكلام آخر او سكوت. و أما الفصل لانقطاع النفس فلاعبرة به لعدم امكان التحرز عنه. و لو أتى بحروف الاستثناء بحيث لايسمع يقع الاستثناء صحيحاً، و هو اختيار الكرخي رحمه الله تعالى لان السماع ليس بشرط لصحة الكلام، و لهذا يصح استثناء الاصم، و ان لم يسمع هو ايضاً، و على شرط الاتصال جمهور العلماء(٢) و هو قول الائمة الاربعة رحمهم الله تعالى و منهم من جوز الاستثناء ما لم يقم من المجلس، و به قال الحسن البصري و طاووس. و عن ابن عباس رضي الله عنه جوازه الى مدة سنة، و عنه جوازه ابداً. و قال سعيد بن جبير بعد اربعة اشهر. و قال قتادة بعد سنتين. و قال احمد له الاستثناء مادام في ذلك الامر. و لو جرى على لسانه ان شاء الله من غير قصد لايقع طلاقه، لان الاستثناء وجد حقيقة، و هو صريح في بابه، و الصريح لايفتقر الى النية كقوله انت طالق و مطلقة و طلقتك، و فيه خلاف الشافعية. قوله لم يقع الطلاق(٣) و به قال طاووس و ابراهيم النخعي و الحكم و الشافعي و اسحاق و

=> قدمه على الاستثناء الخ. (١) قيل كان ينبغي الخ و في العناية ص٤٦٠ ج٣ و لما كانت مسئلة ان شاء الله تعالى تعليقا صورة ذكرها بقرب من التعليق في اول فصل الاستثناء لقوة المناسبة من حيث ان كل واحد منهما يمنع اول الكلام او باعتبار أن الله تعالى سمى ذالك استثناء قال و لايستثنون انتهى. (٢) و على شرط الاتصال الخ راجع لهذا المبحث عمدة القاري كتاب الايمان و النذور. باب الاستثناء في الايمان ص٢٢٣ ج٢٣ و فتح الباري ص٧٣٨ ج١١ و المغنى ص٣٨٢ ج٨ و فتح القدير ص٤٦٢ ج٣ و اعلاء السنن ص٢٠٢ ج١١ باب حكم الاستثناء في الطلاق و تكملة شرح المهذب ص١٤٧ ج١٧ و اوجز المسالك ص١٤٢ ج٤ كتاب النذور ما لايجب فيه الكفارة من الايمان. (٣) لم يقع الطلاق الخ و في البدائع ص١٥٧ ج٣ اذا علق طلاق امرأته بمشيئة الله يصح الاستثناء و لايقع الطلاق سواء قدم الطلاق على الاستثناء في الذكر بان قال انت طالق ان شاء الله او اخره عنه بان قال ان شاء الله تعالى فانت طالق و هذا قول عامة العلماء و قال مالك رحمه الله تعالى لايصح الاستثناء و الطلاق =>

ابوعبيد و ابوثور، و هو قول عطاء و مجاهد و الزهري و الشعبي و حماد و عبدالرزاق و سعيد بن

=> واقع و على هذا تعليق العتق و النذر و اليمين بمشيئة الله سبحانه و تعالى وجه قوله ان هذا ليس تعليقا بشرط لان الشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود و مشيئة الله تعالى ازلية لاتحتمل العدم فكان هذا تعليقا بامر كائن فيكون تحقيقا لا تعليقا كما لو قال انت طاق ان كانت السماء فوقنا و لنا قوله عزوجل خبراً عن موسى عليه و على نبينا افضل الصلوة و السلام ستجدني ان شاء الله صابرا و صح استثنائه حتى لم يصر بترك الصبر مخلفا في الوعد و لو لاصحة الاستثناء لصار مخلفا في الوعد بالصبر و الخلف في الوعد لايجوز و النبي معصوم و قال سبحانه و تعالى و لاتقولن لشيء اني فاعل ذالك غدا الا ان يشاء الله اي الا ان تقول ان شاء الله تعالى ولو لم يحصل به صيانة الخبر عن الخلف في الوعد لم يكن للامر به معنى و روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من حلف بطلاق او عتاق و قال ان شاء الله فلاحنث عليه و هذا نص في الباب و روى انه صلى الله عليه وسلم قال من استثنى فله ثنياه و لان تعليق الطلاق بمشية الله تعالى تعليق بما لايعلم وجوده لانا لاندرى انه شاء وقوع هذا الطلاق او لم يشأ على معنى ان وقوع هذا الطلاق هل دخل تحت مشيئة الله تعالى او لم يدخل فان دخل وقع و ان لم يدخل لايقع لان ما شاء الله كان و ما لم يشأ لم يكن فلايقع بالشك و به تبين ان هذا ليس تعليقا بامر كائن و لان دخول الوقوع تحت مشيئة الله تعالى غير معلوم و هذا هو تفسير تعليق الطلاق بمشيئة عزوجل الخ و راجع احكام القرآن للجصاص رحمه الله تعالى ص٢١٣ ج٣ باب الاستثناء في اليمين و اعلاء السنن ص٢٠٤ ج١١ و في فتح الباري ص٧٣٨ ج١١ و عن ابن عباس رضي الله عنه اقوال منها له و لو بعد حين و عنه كقول سعيد (اي كقول سعيد بن جبير الى اربعة اشهر) و عنه شهر و عنه سنة و عنه ابدا قال ابوعبيد و هذا لايوخذ على ظاهره لانه يلزم منه ان لايحنث احد في يمينه و ان لاتتصور الكفارة التي اوجبها الله تعالى على الحالف قال و لكن وجه الخبر سقوط الاثم عن الحالف لتركه الاستثناء لانه مامور به في قوله تعالى و لاتقولن لشيء اني فاعل ذالك غدا الا ان يشاء الله فقال ابن عباس رضي الله تعالى عنه اذا نسى ان يقول ان شاء الله يستدركه و لم يرد ان الحالف اذا قال بعد ان انقضى كلامه ان ما عقده باليمين ينحل و حاصله حمل الاستثناء المنقول عنه على لفظ ان شاء الله فقط و حمل ان شاء الله على التبرك و على هذا حمل الحديث المرفوع الذي اخرجه ابوداود غيره موصولا و مرسلا ان النبي صلى الله عليه وسلم قال و الله لاغزون قريشا ثلاثا ثم سكت ثم قال ان شاء الله او على السكوت لتنفس او نحوه (ثم قال) و من الادلة على اشتراط اتصال الاستثناء بالكلام قوله في حديث الباب فليكفر عن يمينه فانه لو كان الاستثناء يفيد بعد قطع الكلام لقال فليستثن لانه اسهل من التكفير و كذا قوله تعالى لايوب عليه السلام و خذ بيدك ضغثا فاضرب به و لاتحنث فانه قوله استثن اسهل من التحيل لحل اليمين بالضرب و للزم منه بطلان الاقرارات و الطلاق و العتق فيستثنى من اقر او طلق او عتق بعد زمان و يرتفع حكم ذالك فالاولى تاويل ما نقل عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه وغيره من السلف في ذالك انتهى.

المسيب و الاوزاعي و عثمان البتي، و به قالت الظاهرية و ابوسليمان. و قال مالك و مكحول و قتادة وغيره لا شيء عليه، و به قال الشعبي و ابن ابي ليلى و اسحاق و ابوعبيد. و قال مالك لا استثناء في الطلاق و العتاق و الصدقة، و يعتبر اليمين و النذر. و عند احمد لايرفع الطلاق خاصة و يرفع العتاق و الايمان، ثم اختلفوا في عمله، اي في عمل الاستثناء فقال ابويوسف ابطال، و به قال بعض اصحاب الشافعي. و قال محمد تعليق، و به قال بعض اصحاب الشافعي رحمهم الله تعالى و تظهر ثمرة الخلاف فيما اذا قدم المشيئة فقال ان شاء الله تعالى انت طالق، فعند ابي يوسف رحمه الله انه لابطال الكلام، سواء قدم او اخر بحرف الفاء او بغيره، و عن محمد رحمه الله يقع، لانه للتعليق، فاذا قدم الشرط و لم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق ابقى الطلاق بلاشرط، كذا في الجامع الكبير لقاضي خان. و ذكر في الفتاوى الصغرى الفتوى على قول ابي يوسف، و ذكر في الايضاح الاختلاف(١) على العكس. ثم اختلف ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى في الطلاق المقرون بالاستثناء في موضع يقع الاستثناء هل يكون يميناً. قال ابويوسف رحمه الله تعالى يكون يميناً، حتى لو قال لها ان حلفت بطلاقك فعبدي حر، ثم قال لها انت طالق ان شاء الله يحنث في يمينه عند ابي يوسف. و قال محمد رحمه الله تعالى لايكون يميناً و لايحنث و لايقع الطلاق، و كذا العتاق لو قال لعبده ان حلفت بعتقك فانت حر، ثم قال انت حر

(١) الاختلاف على العكس اقول و في العناية ص٤٦٠ ج٣ و اختلفوا في قوله ان شاء الله بعد ذكر الجمل للابطال او للتعليق فذهب ابويوسف رحمه الله تعالى الى الاول و محمد الى الثاني و الى هذا اشار المصنف رحمه الله تعالى في باب الاستثناء من اقرار هذا الكتاب فقال لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال او تعليق و سنذكر ثمرة هذا الاختلاف هنالك ان شاء الله تعالى انتهى و في فتح القدير ص٤٦٢ ج٣ تحت قول صاحب الهداية فيكون اعداما من الاصل. يشير الى ان التعليق بالمشيئة ابطال و هو قول ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و عند ابي يوسف رحمه الله تعالى تعليق ملاحظة للصيغة و هما لاحظا المعنى و قد نقل الخلاف بين ابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى على عكسه و ثمرته تظهر فيما اذا قدم الشرط فقال ان شاء الله انت طالق تطلق على التعليق لعدم الفاء في موضع وجوبها فلايتعلق و لاتطلق على الابطال و في شرح المجمع للمصنف عكس هذا و هو غلط فاجتنبه الخ و في الكفاية ص٤٦٠ ج٣ قوله انت طالق ان شاء الله تعالى اختلفوا في هذا الكلام شرط او ابطال قال ابويوسف رحمه الله تعالى شرط و قال محمد رحمه الله تعالى ابطال لان الشرط اعدام السبب الى زمان وجود الشرط و هذا اعدام اصلا فلايكون شرطا فابويوسف رحمه الله تعالى اعتبر اللفظ و محمد رحمه الله اعتبر المعنى الخ.

لقوله عليه الصلوة و السلام من حلف بطلاق او عتاق و قال ان شاء الله تعالى متصلاً به لا(١) حنث عليه

ان شاء الله تعالى (لقوله عليه الصلوة و السلام من حلف بطلاق او عتاق و قال ان شاء الله متصلا به فلاحنث عليه) اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم و هذا الحديث(٢) بهذا اللفظ غريب، و روى اصحاب السنن الاربعة من حديث ايوب السجستاني عن نافع عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على يمين فقال ان شاء الله تعالى فلا حنث عليه بلفظ الترمذي، و قال هذا حديث حسن، و قد روى عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما موقوفاً و هكذا روى سالم عن ابن عمر موقوفاً، و لا نعلم احداً رفعه غير ايوب السجستاني. و قال اسماعيل بن ابراهيم كان ايوب احيانا يرفعه، و احياناً لايرفعه(٣) و لفظ ابي داود فيه فقد استثنى. و روى الترمذي و النسائي و ابن ماجة عن عبدالرزاق عن معمر عن ابن طاووس عن ابيه عن ابي هريرة رضي الله عنه(٤) ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان سليمان عليه الصلوة و السلام قال لاطوفن الليلة ..... الحديث، و فيه لو قال ان شاء الله تعالى لكان كما قال، و روى ابن عدي(٥) في الكامل عن اسحاق بن ابي نجيح الكعبي عن عبدالعزيز بن ابي رواد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قال لامرأته انت طالق ان شاء الله او لغلامه انت حر او قال على المشي الى بيت الله ان شاء الله فلا شيء عليه، و هو معلول باسحاق الكعبي فان قلت ليس في الحديث الذي رواه اصحاب السنن متصلا به(٦) و قد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لاغزون

(١) لا - ن - فلا. (٢) هذا الحديث الخ راجع نصب الراية ص٢٣٤ ج٣ و فتح القدير ص٤٦١ ج٣ و الترمذي ابواب النذور و الايمان باب الاستثناء في اليمين ص١٨٥ ج١ و ابوداود كتاب الايمان و النذور باب الاستثناء في اليمين ص١٠٨ ج٢ و لفظه من حلف على يمين فقال ان شاء الله فقد استثنى. (٣) لايرفعه قال ابن الهمام رحمه الله تعالى في الفتح ص٤٦١ ج٣ بعد ذكر اختلاف الرفع و الوقف المذكور و هذا كله غير قادح في الرفع لما قدمنا في نظائره غير مرة من تعارض الوقف و الرفع انتهى. (٤) عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنه الترمذي ص١٨٥ ج١ و النسائي كتاب الايمان و النذو. الاستثناء ص١٥٠ ج٢ و ابن ماجة ابواب الكفارات باب الاستثناء في اليمين ص١٥٣. (٥) ابن عدى الخ كذا في نصب الراية ص٢٤٥ ج٣. (٦) متصلا به و الجواب عنه انه محمول على الاتصال بالعرف العملي لان عرف جميع الناس وصل الاستثناء لا فصله لو لم يكن في لفظ الحديث ما يدل عليه فكيف و لفظه يدل عليه حيث قال بالفاء الدالة على الوصل و التعقيب بلامهلة ثم يوجبه ايضا اللوازم المذكورة في الاصل من حيث انه يستلزم ان لايحكم بوقوع طلاق و لاعتاق و لا اقرار بمال و لا ما =>

و لانه اتى بصورة الشرط، فيكون تعليقاً من هذا الوجه، و انه اعدام قبل الشرط، و الشرط لايعلم هاهنا، فيكون اعداماً من الاصل،

قريشاً(١) ثم قال بعد سنة ان شاء الله تعالى. قلت اجيب بمنع صحة هذا و بعد التسليم بصحته نقول ان الاستثناء كان من قوله لاغزون قريشاً الذي سبق قبل سنة، لانه يحتمل ان الاستثناء كان منه، لكن لانسلم ان قصد النبي صلى الله عليه وسلم كان من قوله - لاغزون - الاستثناء فلم لايجوز ان يكون قصده الاستدراك المامور به الثابت من قوله تعالى و لاتقولن لشيء اني فاعل ذلك غداً الا ان يشاء الله و اذكر ربك اذا نسيت (و لانه) اي و لان المستثني بكسر النون (أتى بصورة الشرط) اي بحرف الشرط صريحا دون حقيقة الشرط، لان حقيقة الشرط عبارة عما يكون على خطر و تردد و مشيئة الله تعالى ليست كذلك لثبوتها قطعاً او انتفائها كذلك، و ما هو كذلك فهو تعليق (فيكون تعليقاً من هذا الوجه) يعني من حيث الصورة (و انه) اي قوله ان شاء الله تعالى (اعدام) للعلية (قبل) وجود (الشرط، و الشرط) و هو مشيئة الله تعالى (لايعلم هاهنا) اي في صورة التعليق بمشيئة الله تعالى، لانا لانطلع عليها (فيكون اعداماً) له اي للجزاء (من الاصل) اي ابتداء لعدم العلم بالمشيئة، فصار كانه لم يقل انت طالق مثلاً، فكان

=> لايحصى من اللوازم الباطلة و بذلك إخاف ابوحنيفة رحمه الله تعالى المنصور حين وشى به اعداؤه اليه بانه يرد راى جدك ابن عباس رضي الله تعالى عنه في جواز الاستثناء المنفصل فقال له ما معناه ان مخالفته فيها تحصين الخلافة عليك و منع خروج المخالفين لك من الخروج عليك و الا جاز لهم ان يستثنوا اذا خرجوا من عندك انتهى ما في فتح القدير ص٤٦٣ ج٣. (١) لاغزون قريشا الخ اخرج ابوداود كتاب الايمان و النذور باب الحالف يستثنى بعد ما يتكلم ص١١٥ ج٢ عن عكرمة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لاغزون قريشا و الله لاغزون قريشا والله لاغزون قريشا ثم قال ان شاء الله قال ابوداود و قد اسند هذا الحديث غير واحد عن شريك عن سماك عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه (و بسند آخر) عن عكرمة يرفعه قال و الله لاغزون قريشا ثم قال ان شاء الله ثم قال و الله لاغزون قريشا ان شاء الله ثم قال و الله لاغزون قريشا ثم سكت ثم قال ان شاء الله و اخرجه البيهقي في سننه باب الحالف يسكت بين يمينه و استثنائه سكتة يسيرة الخ ص٤٧ ج١٠ و في رواية له لاغزون قريشا ثم سكت ساعة ثم قال ان شاء الله انتهى و لكني لم احصل بعد حديثا مرفوعا يكون فيه ثم قال بعد سنة ان شاء الله كما هو في البناية نعم ذكر البيهقي بسنده عن مجاهد عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه موقوفا انه كان يرى الاستثناء و لو بعد سنة ثم قرأ و لاتقولن لشيء اني فاعل ذالك غدا الا ان يشاء الله و اذكر ربك اذا نسيت (ثم قال البيهقي) و قد يحتمل قول ابن عباس رضي الله تعالى عنهما ان يكون المراد به انه يكون مستعملا للآية و ان ذكر الاستثناء بعد حين في مثل ما وردت فيه الآية لا فيما يكون يمينا و الله اعلم.

و لهذا يشترط ان يكون متصلاً به، بمنزلة سائر الشروط و لو سكت يثبت حكم الكلام الاول، فيكون الاستثناء او ذكر الشرط بعده رجوعاً عن الاول. قال و كذا اذا ماتت قبل قوله ان شاء الله تعالى، لان بالاستثناء خرج الكلام من ان يكون ايجاباً، و الموت ينافي الموجب دون المبطل،

ابطالاً للكلام (و لهذا) اي و لان في الاستثناء معنى الشرط (يشترط ان يكون متصلاً به) و عليه جمهور العلماء، و قد ذكرنا الخلاف فيه عن قريب (بمنزلة سائر الشروط) لكونه بيان تغيير، و شرطه هو الاتصال (و لو سكت) اي المتكلم زيادة على قدر النفس بين قوله انت طالق و بين قوله ان شاء الله (يثبت حكم الكلام الاول) و هو وقوع الطلاق، لانه لايصح الاستثناء المنفصل على مذهب الجمهور (فيكون الاستثناء) على قول محمد رحمه الله تعالى و الاستثناء بالنصب(١) لانه يكون بالتعليق بمشيئة الله تعالى استثناء عن الكلام الاول، و يجوز بالرفع على ان تكون تامة او ناقصة يكون خبرها الجار و المجرور، اعني عن الاول (او ذكر الشرط) على قول ابي يوسف رحمه الله اي و يكون ذكر الشرط و هو قوله ان شاء الله (بعده) اي بعد قوله انت طالق (رجوعاً عن الاول) اي عن الكلام الاول. و انما قلنا يكون الاستثناء على قول محمد رحمه الله تعالى و الشرط على قول ابي يوسف رحمه الله تعالى لان محمداً يقول ان قوله ان شاء الله اعدام، لانه بمنزلة الاستثناء. و ابويوسف يقول انه شرط، و لهذا قال في الفتاوى الصغرى انت طالق ان شاء الله فهو يمين عند ابي يوسف رحمه الله تعالى حتى لو قال لامرأته ان حلفت بطلاقك فانت طالق، ثم قال لها انت طالق ان شاء الله يحنث عند ابي يوسف رحمه الله تعالى، و عند محمد رحمه الله تعالى لايكون يميناً حتى لايحنث به عنده (قال و كذا اذا ماتت) و في بعض النسخ و كذا ان ماتت، و ليس فيه لفظ قال، و هو معطوف على قوله لم يقع الطلاق في اول الفصل، يعني اذا ماتت المرأة بعد قوله انت طالق (قبل قوله ان شاء الله) اي لايقع الطلاق (لان بالاستثناء خرج الكلام من ان يكون ايجاباً) فاذا بطل الايجاب بطل الحكم (و الموت ينافي الموجب) جواب(٢) عن سؤال مقدر تقريره ان يقال الموت ينافي قوله انت طالق حتى لايقع الطلاق به بعد موتها، فينبغي ان يكون منافياً للاستثناء و هو المبطل، فيقع الطلاق. فاجاب بقوله الموت ينافي الموجب، و هو قوله انت طالق (دون المبطل) و هو الاستثناء، اعني قوله ان شاء الله، لان

---

(١) و الاستثناء بالنصب الخ كذا في نسخ البناية المخطوطة و المطبوعة الهندية و الباكستانية و طبع بيروت لكن الظاهر انه مرفوع بناء على انه اسم يكون و الله اعلم. (٢) جواب الخ كذا في العناية ص٤٦٤ ج٣.

بخلاف ما اذا مات الزوج، لانه لم يتصل به الاستثناء. و ان قال انت طالق ثلاثاً الا واحدة طلقت ثنتين، و ان قال انت طالق ثلاثاً الا ثنتين طلقت واحدة.

الموجب يستدعي المحل، و لهذا لو قال لامراته انت طالق واحدة كانت قبل قوله واحدة لايقع، لان الموت ينافي المحلية، و الاستثناء يبطل، و انه يستدعي صحة الايجاب الذي يقوم بالزوج، و الموت يلائمه في الابطال (بخلاف ما اذا مات الزوج لانه لايتصل به الاستثناء) اي بخلاف(١) ما اذا مات الزوج قبل قوله ان شاء الله، حيث يقع الطلاق، لانه لم يتصل المغير و هو الاستثناء باول كلامه فانما يعلم ارادته الاستثناء بقوله قبل ذلك اني اطلق امرأتي و استثنى (و ان قال انت طالق ثلاثاً الا واحدة طلقت ثنتين، و ان قال انت طالق ثلاثا الا ثنتين طلقت واحدة) و في ذكر المثالين اشارة الى ان استثناء القليل و الكثير سواء(٢) خلافا للفراء، فانه لايجوز الاكثر و يدعي انه لم يتكلم به العرب. و في الغاية ذهب النحاة من اهل الكوفة و البصرة الى ان استثناء الاكثر غير جائز، و اختلفوا في جواز استثناء النصف، و تبعه احمد فيها، و ذهب بعض المالكية الى هذا ايضا، و في البدائع(٣) و الميزان روي عن ابي يوسف و هو قول الفراء انه لايجوز استثناء الاكثر من الاقل و صوابه من الكل و في الاسبيجابي روى عن ابي يوسف رحمه الله لايجوز استثناء الاكثر و هو الصواب، و زعموا ان العرب لم يوجد في كلامهم له علي عشرة الا تسعة، و لم تتكلم به، و لايصح استثناء الكل من الكل، و ذكر ابن طلحة في مختصره المعروف بالمدخل قولين في جواز استثناء الكل من الكل و قال الاموي منع بعض اهل اللغة استثناء العقد، و لايقال له على مائة الا عشرة الا خمسة. و ذكر ابوبكر من الحنابلة ان الاستثناء لايكون في الطلاق، فاذا قال انت طالق ثلاثا الا واحدة وقع الثلاث و هذا باطل، و لو قال انت طالق اربعاً الا ثلاثا صح الاستثناء و يقع واحدة. و في المحيط(٤) لو قال انت طالق ثنتين و ثنتين الا ثنتين ان نوى استثناء الاولى و الاخيرة لايصح، لانه استثنى الكل فيقع الثلاث، و ان نوى واحدة من الاولى و واحدة من الثانية صح و يقع ثنتان، و كذا عند عدم النية، خلافا لزفر و احمد و في

---

(١) بخلاف الخ كذا في العناية ص٤٦٤ ج٣ و في الكفاية بخلاف ما اذا مات الزوج اي بعد قوله انت طالق قبل قوله ان شاء الله و هو يريد الاستثناء حيث يقع الطلاق و انما يعلم ذالك فيما اذا قال قبل الايقاع اني اطلق امرأتي و استثنى انتهى. (٢) ان استثناء القليل و الكثير سواء الخ راجع المغنى كتاب الطلاق ص٣١٣ ج٨ و كتاب الاقرار ص٢٧٧ ج٥ و مابعده و تكملة شرح المهذب ص١٤٣ ج١٧ و فتح القدير كتاب الاقرار باب الاستثناء ص٣٢٨ ج٧. (٣) البدائع كتاب الطلاق ص١٥٥ ج٣. (٤) المحيط الخ راجع لنحو هذه الفروع الفتاوى الهندية الفصل الرابع في الاستثناء ص٤٥٤ ج١ و مابعده.

و الاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح، و معناه انه تكلم بالمستثنى منه، اذ لا فرق بين قول القائل لفلان علي درهم و بين قوله عشرة الا تسعة، فيصح استثناء البعض من الجملة لانه يبقى التكلم بالبعض بعده، و لايصح استثناء الكل من الكل لانه لايبقى بعده شيء ليصير متكلماً به و صارفاً للفظ اليه،

الذخيرة و هذا قول ابي يوسف رحمهم الله تعالى. و روى هشام عن محمد رحمهما الله تعالى لو قال انت طالق ثنتين و ثنتين الا ثلاثا يقع الثلاث، لانه نوى استثناء الكل، و لو قال ثلاثاً الا نصفا يقع ثنتان عند ابي يوسف و عند محمد يقع الثلاث، و به قال مالك و الشافعي و احمد رحمهم الله تعالى و لو قال انت طالق واحدة و نصفا الا واحدة و نصفاً يقع ثنتان عند ابي يوسف، و هو عن محمد و عنه يقع واحدة. و في الذخيرة قال انت طالق ثلاثاً الا واحدة و واحدة بطل الاستثناء و وقع الثلاث عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما يقع ثنتان. و عن ابي يوسف يقع واحدة. و لو قال انت طالق واحدة و واحدة و واحدة الا ثلاثا بطل الاستثناء. و لو قال انت طالق ثنتين و واحدة او واحدة و ثنتين الا ثنتين فهي ثلاث. و لو قال انت طالق واحدة و ثنتين الا واحدة يقع ثنتان، و يصير مستثنياً الواحدة من الثنتين. و لو قال ثنتين و اربعا الا خمساً يقع الثلاث ذكره القدوري. و في المنتقي قال انت طالق ثلاثا و ثلاثا الا اربعا فهي ثلاث عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و يروى عن محمد و يصير قوله و ثلاثا ثانياً لغواً فاصلاً. و قال ابو يوسف تطلق ثنتين، و هو الظاهر من قول محمد. و لو قال انت طالق عشراً الا اربعاً الا تسعاً يقع واحدة. و لو قال انت طالق عشراً الا اربعاً الا تسعا يقع واحدة. و لو قال الا ثمانياً يقع ثنتان. و لو قال الا سبعاً يقع الثلاث. و لو قال هذه طالق و هذه طالق الا هذه كان الاستثناء باطلا. و لو قال انت طالق خمساً الا واحدة يقع الثلاث. و في وجه للحنابلة يقع ثنتان (و الاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا) بضم الثاء المثلثة و سكون النون و هو اسم بمعنى الاستثناء، و معناه ان صدر الكلام بعد الاستثناء يصير عبارة عما وراء الاستثناء يدل عليه قوله تعالى فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاماً معناه لبث فيهم تسعة مائة و خمسين عاماً (هو الصحيح) احتراز عما قال البعض انه اخراج و فيه معنى المعارضة، و موضعه اصول الفقه. (و معناه) اي معنى الثنيا (انه تكلم بالمستثنى منه، اذ لافرق بين قول القائل لفلان على درهم، و بين قوله عشرة الا تسعة فيصح استثناء البعض من الجملة، لانه يبقى التكلم بالبعض بعده و لايصح استثناء الكل من الكل، لانه لايبقى بعده شيء ليصير متكلماً به و صارفاً للفظ اليه)

و انما يصح الاستثناء اذا كان موصولاً به كما ذكرنا من قبل و اذا ثبت هذا ففي الفصل الاول المستثنى منه ثنتان فيقعان، و في الثاني واحدة فيقع واحدة. و لو قال الا ثلاثاً يقع الثلاث لانه استثناء الكل من الكل، فلم يصح الاستثناء و الله اعلم.

الضمير في - بعده - يرجع الى استثناء الكل، و في - به - يرجع الى شيء، و كذا في - اليه - و هذا كما اذا قال لامرأته انت طالق ثلاثا الا ثلاثا تطلق ثلاثا لبطلان الاستثناء. و قال شمس الائمة السرخسي في مبسوطه(١) و عن بعض مشايخنا ان استثناء الكل رجوع، و ان الرجوع عن الطلاق باطل، و ليس كذلك لانه يبطل استثناء الكل في الوصية، مع ان الوصية تحتمل الرجوع. و ذكر المصنف في زياداته اذا استثنى الكل من الكل انما لايصح اذا كان بعين ذلك اللفظ، و اما اذا استثنى بغير ذلك اللفظ فيصح، و ان كان استثناء الكل من الكل من حيث المعنى، فانه لو قال كل نسائي طوالق الاكل نسائي لايصح الاستثناء، بل يطلقن كلهن و لو قال كل نسائي طوالق الا زينب و عمرة و بكرة و سلمى لاتطلق واحدة منهن، و ان كان هو استثناء الكل من الكل، و هذا لان الاستثناء تصرف لفظي فيصح فيما صح فيه اللفظ فلما استثنى الجزء عن الكل صح لفظاً، فكذا فيما بقي اذ لو كان الاستثناء يتبع الحكم الشرعي لما صح في قوله انت طالق عشراً الا تسعاً لانه لايزيد على الثلاث شرعا و هو الصحيح بلاخلاف (و انما يصح) اي الاستثناء (اذا كان موصولاً به) اي باول الكلام (لما ذكرنا من قبل) اي في قوله انت طالق ان شاء الله يعني كما لايصح قوله ان شاء الله الا متصلاً، لايصح قوله انت طالق الا واحدة، و قوله الا ثنتين الا متصلا (و اذا ثبت هذا ففي الفصل الاول) اراد به استثناء الواحدة من الثلاث (بقي منه) اي بقي من المستثنى منه (ثنتان فيقعان، و في الثاني) اي في الفصل الثاني، اراد به استثناء الثنتين من الثلاث (واحدة فيقع واحدة. و لو قال الا ثلاثا يقع الثلاث) يعني اذا قال انت طالق ثلاثا الا ثلاثا يقع الثلاث (لانه استثناء الكل من الكل، فلم يصح الاستثناء) لعدم بقاء شيء بعد الاستثناء و يصير الكلام عبارة عنه، و الله اعلم.

---

(١) مبسوطه ص٩٢ ج٦ و كذا في العناية و الكفاية ص٤٦٦ ج٣.

باب طلاق المريض

اذا(١) طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقاً بائنا فمات و هي في العدة ورثته، و ان مات بعد انقضاء العدة فلاميراث لها

(باب طلاق المريض)

اي هذا باب في بيان احكام طلاق المريض، و لما فرغ(٢) من بيان طلاق الصحيح شرع في بيان طلاق المريض، لان المرض عارض، و الاصل عدمه، و المرض(٣) معنى يزول بحلوله في بدن الحي اعتدال الطبائع (و اذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقا بائنا فمات و هي في العدة ورثته) اي ورثت المرأة زوجها المطلق ميراثها الشرعي (و ان مات بعد انقضاء العدة فلاميراث لها) في هذه اربعة عشر قولا(٤) الاول: انه لايقع طلاقه، و عزاه ابن حزم الى عثمان رضي الله تعالى عنه. الثاني: يقع طلاقه و ترثه بشرط قيام العدة، و هو قول عمر و ابنه و ابن مسعود و المغيرة و ابي بن كعب و عائشة رضي الله عنهم. و به قال النخعي و ابن سيرين و عروة و الشعبي و شريح و ربيعة بن عبدالرحمن و طاووس و الاوزاعي و ابن شبرمة و الليث بن سعد و سفيان الثوري و حماد بن ابي سليمان و الحارث العكلي. الثالث: ترثه ما لم تتزوج زوجا آخر، و ان انقضت عدتها، و هو قول ابن ابي ليلى و احمد و اسحاق و ابي عبيد. الرابع: ترثه، و ان تزوجت عشرة ازواج، و به قال مالك و الليث في رواية عنه، و ذكره ابن رشيد في الفوائد. الخامس: ترثه و يرثها و به قال الحسن البصري. السادس: ان صح منه و مات من مرض آخر لاترثه عندنا. و قال الزهري و الثوري و الاوزاعي و زفر و احمد و اسحاق ترثه ان مات قبل انقضاء عدتها منه، ذكره عنهم ابن حزم في المحلي. السابع: ترثه و يرثها اذا كان لها حمل او قصد المضارة، و هو

---

(١) اذا - ن - و اذا. (٢) و لما فرغ الخ و في العناية ص٢ ج٤ لما فرغ من بيان طلاق الصحيح سنيا و بدعيا. صريحا و كناية تنجيزا و تعليقا كلا و جزأ شرع في بيان طلاق المريض متعرضا لبعض ما ذكر اذ المرض من العوارض السماوية فاخر بيانه عن بيان حكم من له الاصل و هو الصحة انتهى. (٣) و المرض معنى الخ و في فتح القدير ص٢ ج٤ المرض من العوارض و تصور مفهومه ضروري اذ لاشك ان فهم المراد من لفظ المرض اجلى من فهمه من قولنا معنى يزول بحلوله في بدن الحي اعتدال الطباع الاربع بل ذالك يجرى مجرى التعريف بالاخفى انتهى. (٤) اربعة عشر قولا و قد ذكر العلامة عبد الحى اللكنوي رحمه الله تعالى اكثر هذه الاقوال بحوالة البناية شرح الهداية في حاشيته التعليق المجد على مؤطا محمد ص٢٦١ و نبذ منه في اوجز المسالك ص٣٩٤ ج٤ و راجع اعلاء السنن ص٢٠٦ ج١١ و فتح القدير ص٣ ج٤ و المبسوط للسرخسي ص١٥٤ ج٦ باب طلاق المريض.

و قال الشافعي رحمه الله تعالى لاترث في الوجهين، لان الزوجية قد بطلت بهذا العارض و هي السبب، و لهذا لايرثها اذا ماتت. و لنا ان الزوجية سبب ارثها في مرض موته، و الزوج قصد ابطاله فيرد عليه قصده بتاخير عمله الى زمان انقضاء العدة دفعاً للضرر عنها، و قد امكن

قول عروة بن الزبير. الثامن: ترثه و تنتقل عدتها الى عدة الوفاة ما لم تنكح، و به قال الشعبي. التاسع: تعتد بابعد الاجلين من ثلاث حيض او اربعة اشهر عند ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى. العاشر: ترثه قبل الدخول، و عليها العدة، و هو قول الحسن و اسحاق و ابي عبيد. الثاني عشر:(١) لو خيرها فطلقت نفسها ثلاثا او اختلعت منه او حلف بطلاقها على دخولها الدار، و هو صحيح عند الحلف مريض عند الدخول او قال و هو صحيح ان قدم فلان فانت طالق ثلاثا فقدم و هو مريض طلقت ثلاثا لاترثه عندنا. و عند مالك ترثه في الكل. الثالث عشر: يجب الصداق لها كاملا، و لا ميراث لها و لا عدة عليها، و به قال جابر بن زيد. الرابع عشر: لاترثه اصلا لا قبل الدخول و لا بعده، و هو قول الظاهرية و ابي ثور، و اختاره ابن المنذر في الاشراف، و هو الجديد للشافعي. و في القديم الزوج فار و الميراث فيه ثلاثة اقوال. الاول: مثل قولنا. و الثاني: مثل قول احمد. و الثالث: مثل قول مالك. (و قال الشافعي رحمه الله تعالى لاترث في الوجهين) اي قبل العدة و بعدها. و في شرح الاقطع و للشافعي اقوال. احدها: انها لاترث في الوجهين، سواء مات في العدة او بعد العدة و الآخر: انها ترث ما لم تتزوج بزوج آخر، و ان انقضت العدة، و هو قول مالك رحمه الله تعالى و الآخر: انها ترث و ان تزوجت بزوج آخر، و هو قول ابن ابي ليلى رحمه الله تعالى (لان الزوجية قد بطلت بهذا العارض) اي بعارض الطلاق البائن (و هي السبب) اي الزوجية هي سبب الميراث (و لهذا) ايضاح لقوله - لان الزوجية بطلت بهذا العارض - (لايرثها اذا ماتت) لان سبب الارث قد زال فلايثبت الحكم بلاسبب. (و لنا ان الزوجية سبب ارثها في مرض موته، والزوج قصد ابطاله) اي ابطال ارثها (فيرد عليه قصده) اي يرد على الزوج قصده، و هو قصد ابطال الارث (بتاخير عمله) اي عمل الطلاق (الى زمان انقضاء العدة دفعاً للضرر عنها) اي لاجل دفع الضرر عن المراة، و كان الطلاق لم يوجد في حق الارث (و قد امكن) جواب عما يقال ان كان سبب تاخير العمل دفع الضرر عنها وجب ان يستوي في ذالك الموطوءة وغيرها و ما قبل انقضاء العدة و مابعدها، فاجاب بقوله - و قد امكن دفع

---

(١) الثاني عشر الخ ذكر الحادي عشر متروك في الاصل.

لان النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار، فجاز ان يبقى في حق ارثها عنه، بخلاف ما بعد الانقضاء، لانه لا امكان، و الزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لارثه عنها، فيبطل(١) في حقه خصوصاً اذا رضي به

الضرر - و تقديره انما يصح توريثها منه اذا امكن تاخير عمل الطلاق ليكون السبب و هو النكاح قائماً، و قد امكن ذالك الى زمان انقضاء العدة (لان النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار) من حرمة التزوج و حرمة الخروج و البروز، و حرمة نكاح الاخت و نكاح اربعة سواها (فجاز ان يبقى في حق ارثها منه) دفعا للضرر عنها (بخلاف ما بعد انقضاء العدة لانه لا امكان) اي لا امكان لتاخير عمل الطلاق بعدم بقاء النكاح اصلا (و الزوجية في هذه الحالة) هذا جواب عن قوله - و لهذا لايرثها اذا ماتت - اي الزوجية فيما اذا كان الزوج مريضا مرض الموت (ليست بسبب لارثه عنها) لانه لم يتعلق حقه بمالها لكونها صحيحة (فيبطل في حقه) قال السغناقي فيبطل بالنصب لانه جواب النفي. و قال الاكمل(٢) و قال بعض الشارحين بالرفع لا غير، و لكل منهما وجه خلا قوله - لا غير - فانه لا وجه له، انتهى. قلت اراد بقوله بعض الشارحين الاترازي فانه قال في شرحه فقوله يبطل في حقه بالرفع لا غير، اي فتبطل الزوجية بالطلاق البائن في حق الرجل حقيقة و حكماً، فلايرثها اذا ماتت لبطلان الزوجية اصلاً، بخلاف ما اذا مات الزوج حيث ترثه المرأة لان الزوجية و ان بطلت بالطلاق البائن حقيقة جعلت باقية في حقها دفعا للضرر عنها، لانه قصد ابطال حقها، و لايجوز ان يقال بالنصب جوابا للنفي، لانه حينئذ ينعكس الغرض، لانه يكون معناه لو كانت الزوجية سببا لارث الزوج عنها لبطلت، و لكنها ليست بسبب فاذا لم تبطل الزوجية يجب ان يرثها و لايقول به احد لا نحن و لا الشافعي رحمه الله تعالى و الذي وقع في بعض الشروح بنصب اللام سهوا انتهى. قلت الكاكي تبع السغناقي فقال فيبطل بالنصب، لانه جواب النفي، و الذي قاله الاكمل هو الوجه، فافهم (خصوصا اذا رضي به) اي لاسيما ان الزوج اذا رضي بحرمانه من الارث، حيث اقدم على الطلاق و اعلم ان اصحابنا استدلوا في هذا الباب بالنقل و العقل، و صاحب الهداية لم يذكر شيئا من النقل، فنقول(٣) باجماع الصحابة توريث

---

(١) فيبطل - ن - فتبطل. (٢) الاكمل في العناية ص٤ ج٤. (٣) فنقول الخ كذا في الكفاية ص٣ ج٤ و البسط منه في فتح القدير ص٣ ج٤ و في اعلاء السنن باب طلاق المريض ص٢٠٦ ج١١ عن الشعبي ان ام البنين ابنة عيينة كانت تحت عثمان بن عفان رضي الله تعالى عنه فلما حصر طلقها و قد كان ارسل اليها يشتري منها ثمنها فابت فلما قتل اتت عليا رضي الله عنه فذكرت ذالك له فقال تركها حتى اذا اشرف على الموت طلقها فورثها رواه ابن ابي شيبة في مصنفه ص٢١٨ ج٥ و هذا السند رجاله على شرط مسلم كما في الجوهر النقي =>

امرأة الفار، بيانه ان عبدالرحمن بن عوف رضي الله تعالى عنه طلق امرأته تماضر في مرض موته فورثها عثمان رضي الله تعالى عنه، و لم ينكرعليه احد من الصحابة رضي الله تعالى عنهم، فحل محل الاجماع فان قلت لانسلم الاجماع، لانه روي عن عبدالله بن الزبير رضي الله تعالى عنهما في حديث تماضر انه قال لو كان الامر الى لما ورثتها. قلت اجيب(١) بانه قد صح عن ابن

=> على البيهقي ص٣٦٣ ج٧ و في مصنف ابن ابي شيبة ص٢١٨ ج٥ عن شريح قال اتاني عروة البارقي من عند عمر رضي الله عنه في الرجل يطلق امراته ثلاثا في مرضه انها ترثه مادامت في العدة و لايرثها و كذا في الجوهر النقي ص٣٦٣ ج٧ و فيه قال ابن حزم و انما يصح من هذا الطريق و روى ابن ابي شيبة ص٢١٩ ج٥ عن عائشة رضي الله عنها انها قالت في المطلقة ثلاثا و هو مريض ترثه مادامت في العدة قال المحدث العثماني رحمه الله تعالى صاحب الاعلاء رجاله ثقات مشهورون و من رجال الجماعة لكن فيه انقطاعا و هو غير مضر عندنا و اخرج الامام مالك رحمه الله تعالى في المؤطا ص٥٢٢ كانت عند حبان امرأتان هاشمية و انصارية فطلق الانصارية و هي ترضع فمرت بها سنة ثم هلك و لم تحض فقالت انا ارثه لم احض فاختصما الى عثمان رضي الله عنه فقضي لها بالميراث فلامت الهاشمية عثمان فقال هذا عمل ابن عمك هو اشار علينا بهذا يعني علي بن ابي طالب رضي الله عنه و قال المحدث العثماني صاحب الاعلاء رجاله رجال الجماعة و سنده صحيح و اخرج الامام محمد رحمه الله في كتاب الحجج ص٣٦٧ ان عبدالرحمن بن عوف رضي الله تعالى عنه طلق امرأته و هو مريض البتة فحاضت حيضتين ثم مات فورثها منه عثمان بن عفان رضي الله عنه فقال ابن الزبير رضي الله عنه فلو لا ان عثمان رضي الله عنه ورثها ما رأينا للمطلقة الثلاث ميراثا. قال المحدث العثماني رحمه الله تعالى رجاله رجال الصحيحين و الحجاج فيه كلام مشهور لكنه مختلف فيه فلايسقط عن درجة الاحتجاج و رواه ابن حزم باسناده عن ابن الزبير رضي الله عنه نحوه كذا في الجوهر النقي ص٣٦٤ ج٧ و اخرج عبدالرزاق باب طلاق المريض ص٦٢ ج٧ عن ابن ابي مليكة انه سأل ابن الزبير رضي الله تعالى عن الرجل يطلق المرأة فيبتها ثم يموت و هي في عدتها فقال ابن الزبير طلق عبدالرحمن بن عوف رضي الله عنه ابنة الاصبغ الكلبي فبتها ثم مات و هي في عدتها فورثها عثمان رضي الله و قال المحدث العثماني رحمه الله تعالى رجاله رجال الجماعة و اسناده صحيح و راجع للاحاديث و الآثار المتعلقة بالموضوع السنن الكبرى للبيهقي باب ما جاء في توريث المبتوتة في مرض الموت ص٣٦٢ ج٧ و مصنف عبدالرزاق باب طلاق المريض ص٦٢ ج٧ و مصنف ابن ابي شيبة ما قالوا في الرجل يطلق امراته ثلاثا و هو مريض الخ ص٢١٧ ج٥ و اعلاء السنن ص٢٠٦ ج١١. (١) اجيب و في اعلاء السنن ص٢٠٨ ج١١ اجماع الصحابة مقدم على خلاف ابن الزبير فلايكون قادحا على ان ابن الزبير لعله خالفهم اولا برأيه ثم رجع الى قضاء عثمان كما دلت الآثار عليه. و منها رواية عبدالله بن الزبير ان عبدالرحمن بن عوف طلق امرأته و هو مريض البتة فحاضت حيضتين ثم مات فورثها منه عثمان رضي الله عنه فقال ابن الزبير =>

الزبير رضي اللّه تعالى عنهما انه قال هذا الكلام في وقت إمارته بعد سبق الاجماع، و الخلاف المتأخر لايرفع الاجماع السابق، و لئن سلمنا انه قاله وقت توريث تماضر، فنقول ما ورثها لخفاء وجه الاستحسان عليه، و نقول كانت تماضر سألت الطلاق فاعتقد ابن الزبير رضي اللّه عنه ان سؤالها يسقط الارث، و به نقول، و لكن عثمان رضي اللّه عنه انما ورثها عند وجود سوال الطلاق فعند عدمه اولى، انتهى و في السروجي و اجابوا(١) عن قول ابن الزبير رضي اللّه تعالى عنه في خلافته لو كنت انا لم اقل بتوريثها ان لم يكن في ذالك الوقت من الفقهاء. و في البدائع و كان الاجماع قد انعقد على ذالك، و خلافه بعد وقوع الاجماع من الصحابة رضي اللّه عنهم لايقدح فيه، لان انقراض العصر ليس بشرط لصحة الاجماع، او خالفه لتوريثه بعد سوالها، و قد روي ذالك، و لعل عثمان رضي اللّه تعالى عنه كان يرى ان ذالك لايسقط ارثها، و في الجواهر و المحلي في رواية كان توريث عثمان رضي اللّه عنه بعد انقضاء العدة، و روى هشام عن ابي مسلم عن ابيه انه كان بعد العدة(٢) و روى عنه ابو عمر انه كان في العدة(٣) و قال ابن حزم و عمرو

=> فلولا ان عثمان ورثها ما راينا للمطلقة الثلاث ميراثا رواه الامام محمد في كتاب الحجج ص٣٦٧ و قد ذكرناه من قبل في الحاشية قال صاحب الاعلاء و هذا يدل على ان ابن الزبير رجع عن قوله السابق و هو ان لاترث مبتوتة بحال كما نقله في الجوهر النقي عن الاستذكار ص١١٩ ج٢ الى قول عثمان رضي اللّه عنه. (١) و اجابوا الخ و في فتح القدير ص٣ ج٤ و قول ابن الزبير رضي اللّه تعالى عنه في خلافته لو كنت انا لم اورثها اراد به لعدم علمي اذ ذاك بان الحكم الشرعي في حقها ذالك و هو بعد انعقاد الاجماع فيه فلايقدح فيه لايقال بل على التقرير لم يكن اجماعا لانه كان سكوتيا و حين قال ابن الزبير رضي اللّه عنه ذالك ظهر ان سكوته لم يكن وفاقا لانا نقول نعم لو كان اذ ذاك فقيها لكنه لم يكن في ذالك الزمان من الفقهاء اذ لم يعرف له قبل ذالك فتوى و لا شهرة بفقهه و الحكم في ذالك يتبع ظهور ذالك فخلافه كخلاف ابن عباس رضي اللّه عنه في مسئلة العول انتهى. و في الكفاية ص٣ ج٤ فان قيل لا اجماع فقد قال ابن الزبير رضي اللّه تعالى عنه في حديث تماضر رضي اللّه عنها لو كان الامر الى لما ورثتها قلنا معنى قول ابن الزبير رضي اللّه عنه ما ورثتها لجهلي بوجه الاستحسان فتبين انه كان يخفى عليه ما لم يخف على عثمان رضي اللّه تعالى عنه و في بعض الروايات انها سالته الطلاق فمعنى قوله ما ورثتها لانها سألت الطلاق و به نقول و لكن توريث عثمان رضي اللّه عنه اياها بعد سوال الطلاق دليل على انه كان يورثها قبله و قد قيل هي سألته الطلاق و لكن قال لها اذا طهرت فاذنيني فلما طهرت آذنته و بهذا لايسقط ميراثها انتهى. (٢) بعد العدة اخرج عبدالرزاق ص٦٢ ج٧ في طرق بعد انقضاء العدة و كذا في مصنف ابن ابي شيبة ص٢١٧ ج٥ و في سنن البيهقي ص٣٦٢ ج٧ و مابعدها و المؤطا مالك ص٥٢٢. (٣) في العدة راجع لروايات ورد فيها في العدة او ما في معناه عبدالرزاق ص٦٢ و ص٦٤ ج٧ و مصنف ابن ابي =>

هذا ضعيف، لكن ثبت من طريق عبدالرزاق عن ابن جريج عن ابي مليكة انه سال عبدالله بن الزبير قال قال طلق عبدالرحمن بن عوف رضي الله تعالى عنه بنت الاصبغ الكلبية فبتها، ثم مات في العدة فورثها عثمان، رواه عنه الحجاج بن المنهال و سعيد بن منصور، و قد اتفقا على ان توريثها كان في العدة، و هو قول الجمهور. و يحتمل قول من قال انه ورثها بعد انقضاء العدة مع ضعفه انه كان تاخير المخاصمة و القسمة وقع بعد العدة، و كان موته قبل انقضاء العدة يدل عليه قوله فلم يلبث الا يسيرا حتى مات، و تماضر بضم التاء المثناة من فوق، و تخفيف الميم و كسر الضاد المعجمة في آخره بنت عمرو بن الشريد السلمية. قال ابوعمر و هي الخنساء(١)

=> شيبة عنوان من قال ترثه مادامت في العدة منه ص٢١٨ ج٥ و البيهقي ص٣٦٢ ج٧ و المؤطا للامام مالك رحمه الله تعالى طلاق المريض ص٥٢١ و في اعلاء السنن للمحدث ظفر احمد العثماني رحمه الله تعالى ص٢٠٨ ج١١ قوله عن ابن جريج الخ (و تمامه عن ابن جريج اخبرني ابن ابي مليكة انه سأل عبدالله بن الزبير فقال له طلق عبدالرحمن بن عوف ابنة الاصبغ الكلبية فبتها ثم مات فورثها عثمان رضي الله عنه في عدتها رواه عبدالرزاق و قد ذكرناه من قبل في الحاشية) دلالته على الباب ظاهرة و في مؤطا مالك ص٥٢١ عن ابن شهاب عن طلحة بن عبدالله بن عوف قال و كان اعلمهم بذالك و عن ابي سلمة بن عبدالرحمن بن عوف ان عبدالرحمن بن عوف طلق امراته البتة و هو مريض فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها. فهذا يدل على خلاف حديث ابن جريج و قال الامام الشافعي رحمه الله تعالى هذا منقطع و حديث ابن الزبير متصل (و هو حديث ابن جريج رواه الشافعي بواسطة عنه كما في التلخيص ص٣٢١ ج٢ و في الجوهر النقي عن البيهقي انه قال (الشافعي) في الاملاء ورثها عثمان بعد انقضاء العدة و هو فيما يخيل الى اثبت الحديثين الخ و فيه ايضا و في الاستذكار اختلف عن عثمان رضي الله عنه هل ورث زوجة عبدالرحمن في العدة او بعدها و اصح الروايات انه ورثها بعد انقضاء العدة الخ قلت فقد تعارض قولا الشافعي رحمه الله تعالى لكن الترجيح عندنا لحديث ابن جريج لموافقته ما نقلناه عن جماعة من الصحابة و لانه يوافق القياس فانه لايبقى للنكاح اثر بعد انقضاء العدة فكيف ترثه؟ و التوجيه اللطيف المطبق بين الاثرين هو ما لقى في روعي الآن ان من روى في عدتها فمراده ان عبدالرحمن مات في عدتها و استحقت الوراثة عنه فيها و من روى بعد انقضاء عدتها فمراده ان عثمان رضي الله عنه حكم لاعطاء نصيبها من التركة بعد انقضاء عدتها و الفصل بين الاستحقاق و الحكم وقع لعذر فتدبر. انتهى اقول و يقرب منه ما سياتي بعد اسطر من قول المؤلف العيني رحمه الله تعالى و يحتمل قول من قال انه ورثها بعد انقضاء العدة الخ. (١) الخنساء الخ كذا في الاصابة ص٢٨٧ ج٤ و فيه حضرت القادسية و معها بنوها اربعة رجال فذكر (الزبير بن بكار) موعظتها لهم و تحريضهم على القتال و عدم الفرار و فيها انكم اسلمتم طائعين و هاجرتم مختارين و انكم لابن اب واحد و ام واحدة ما خيبت آبائكم و لافضحت اخوالكم فلما اصبحوا باشروا =>

الشاعرة بنت عمرو بن الشريد بن رباح بن ثعلبة بن عصية بن خفاف بن امرؤ القيس بن بهئة بن سليم قدمت على النبي صلى الله عليه وسلم مع قومها فاسلمت فذكروا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يستنشدها و يعجبه شعرها، فكانت تنشده، و هو يقول هيه ياخناس و يومي بيده. و اجمع اهل العلم بالشعر انه لم يكن امرأة قط قبلها و لابعدها اشعر منها، و قالوا اسم الخنساء تماضر و كانت حضرت حرب القادسية و معها بنوها اربعة رجال، و استشهد الاربعة فيها، و كان عمر رضي الله تعالى عنه يعطي الخنساء ارزاق اولادها الاربعة لكل واحد مائتي درهم حتى قبض رضي الله تعالى عنه و في السروجي و روي عن عثمان رضي الله تعالى عنه لما قضى بتوريثها قال فر من كتاب الله، و روي عنه انه قال ما فررت(١) من كتاب الله اي ما قصدت الفرار، و حصل لها بالصلح عن ربع(٢) سهمها ثمانون الفا. و ذكر بعض اهل الحديث انها كانت دنانير. و ذكر عبد المغني في الاربعين ان ورثته كانوا يقطعون سبائك الذهب بالفوس و يقتسمونها. و من الدليل في هذا الباب ما روى(٣) عن ابراهيم النخعي انه قال جاء عروة البارقي الى شريح من عند عمر رضي الله تعالى عنه بخمس خصال منهن اذا طلق المريض امرأته ثلاثة ورثته اذا مات و هي في العدة. و عن الشعبي ان ام البنين بنت عيينة بن حصن كانت تحت عثمان بن عفان رضي الله تعالى عنه فارقها بعد ما حوصر فجاءت الى علي رضي الله تعالى عنه بعد ما قتل و اخبرته بذالك فقال تركها حتى اذا اشرف على الموت فارقها فورثها منه و عن عائشة رضي الله تعالى عنها ان امرأة الفار ترث. ثم اعلم ان الذي ذكره صاحب الهداية مع

=> القتال و احد بعد واحد حتى قتلوا و كل منهم انشد قبل ان يستشهد رجزا (ثم ذكر اشعار كل واحد منهم) و في اعلاء السنن ص٢١٠ ج١١ كانت (تماضر) ابنة الملك ابوها الاصبغ بن عمرو بن ثعلبة الكلبي ملكهم و هي ام ابي سلمة بن عبدالرحمن الذي عداده في الفقهاء السبعة لاهل المدينة كان ثقة فقيها كثير الحديث من سادات قريش افقه اهل بلاده تزوجت امه تماضر بعد موت ابيه الزبير بن العوام الخ و كذا في الاصابة تحت ترجمة تماضر ص٢٥٥ ج٤. (١) ما فررت الخ كذا في فتح القدير ص٣ ج٤ و قد اشير قريبا الى نحو هذه الآثار في حاشية البناية بحوالة الاعلاء و مصنف ابن ابي شيبة فتذكر. (٢) عن ربع الخ و في الاستيعاب المطبوع على حاشية الاصابة ص٣٩٦ ج٢ تحت ترجمة عبدالرحمن بن عوف رضي الله تعالى عنه و روى ابن عيينة قال صالحا امرأة عبدالرحمن بن عوف التي طلقها في مرضه من ثلث الثمن بثلاثة وثمانين الفا و روى غير ابن عيينة في هذا الخبر انها صولحت بذالك عن ربع الثمن من ميراثه انتهى و راجع لبعض احواله الاصابة ص٤١٦ ج٢. (٣) ما روى الخ كذا في المبسوط للسرخسي ص١٥٥ ج٦ و قد سبق ذكر هذه الآثار قريبا في الحاشية بحوالة إعلاء السنن.

و ان طلقها ثلاثا بامرها او قال لها اختاري فاختارت نفسها او اختلعت منه ثم مات و هي في العدة لم ترثه، لانها رضيت بابطال حقها، و التاخير لحقها.

الخلاف فيه انه اذا كان طلاق المريض بائنا كما اذا صرح به، و اما اذا كان رجعياً فبالاولى ان ترث، لان حكم النكاح قائم. فان قلت على ما ذكرت كان ينبغي ان الارث ايضا في البائن، قلت زمن مرض الموت زمن تعلق حق الوارث بمال المورث. و لهذا يمنع من التبرع بما زاد على الثلاث، فبقى النكاح حتى الارث. فان قلت يمنع النكاح اصلا، و لهذا ثمه يجب عليه الحد اذا وطئها و لاترث اذا كان الطلاق برضاها، و كذالك اذا كان الطلاق قبل الدخول، و كذا الارث اذا مات بعد انقضاء العدة، و كذا لاترث اذا برأ ثم مات و هي في العدة. قلت اجيب ان وجوب الحد باعتبار ارتفاع الحل، و لم يدل على ارتفاع النكاح اصلاً، بل هو قائم من وجه، و لهذا لايجوز للمعتدة ان تتزوج بزوج آخر، و ان الطلاق برضاها يبطل حقها، و الاقرار منه، و ان الطلاق قبل الدخول باعتبار عدم وجوب العدة فلم يمكن ابقاء النكاح حكماً، و ان انقضاء العدة يمكنها من التزوج بزوج آخر، فوجد المنافي للنكاح الاول، فلم يجعل قائما حكماً، و ان في البراءة لم يكن حقها متعلقاً بمال الزوج زمان الطلاق و لم يوجد قصد ابطال الحق، و ان موت المرأة لايبقى الزوجية في حقه لا حقيقة و لا حكماً. و في مختصر الكافي و ان كانت المرأة امة او يهودية او نصرانية فابانها في مرضه بغير امرها ثم اعتقت الامة و اسلمت الكافرة ثم مات و هي في العدة، فلاميراث لها منه، لانه لم يكن فاراً من ميراثها يوم طلق، لانه لم يتعلق حقها بماله. (و ان طلقها ثلاثا بامرها) اي قالت له طلقني ثلاثا فطلقها ثلاث تطليقات في مرض موته (او قال لها اختاري) اي او خيرها في مرض موته (فاختارت نفسها) اي قالت اخترت نفسي (او اختلعت منه) اي او اختلعت المرأة من الزوج (ثم مات) اي الزوج و الحال انها في العدة، و هو معنى قوله (و هي في العدة لم ترثه) جواب المسائل الثلاث، اي لم ترث الزوج (لانها رضيت بابطال حقها، و التاخير) اي تاخير عمل الطلاق في بطلان ارثها، اي انقضاء عدتها (لحقها) و قد رضيت بسقوطه و في المحيط(١) لو جاءت الفرقة من قبلها في مرضه لم ترث منه، لانها باشرت سبب بطلان حقها. و لو جاءت الفرقة منها في مرضها ورثها الزوج. قيل ينبغي(٢) ان لايرثها لانا جعلنا قيام العدة كقيام النكاح في حقها، و لا عدة هاهنا عند موتها فلم يبق النكاح كما بعد

---

(١) المحيط راجع لنحو هذه الفروع الكثيرة الفتاوى الهندية الباب الخامس في طلاق المريض ص٤٦٢ ج١. (٢) ينبغي الخ كذا في فتح القدير ص٦ ج٤.

و ان قالت طلقني للرجعة فطلقها ثلاثا ورثته، لان الطلاق الرجعي لايزيل النكاح، فلم تكن بسؤالها راضية ببطلان حقها، و ان قال لها في مرض موته كنت طلقتك ثلاثا في صحتي و انقضت عدتك فصدقته ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذالك و من الميراث عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قال ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى يجوز اقراره و وصيته، و ان طلقها ثلاثا في مرضه بامرها ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذالك، و من الميراث في قولهم جميعاً الا على قول زفر رحمه الله تعالى فان لها جميع ما اوصى و ما اقر به، لان

العدة. قيل في جوابه لما صارت محجورة عن ابطال حقه ابقينا النكاح في حق الارث دفعاً للضرر عنه او ردا لقصدها ابطال حقه كما حكمنا في مستعجل الارث بحرمانه رداً لقصده. و كذا لو حصلت الفرقة بسبب الجب و العنة، و خيار البلوغ و العتق في مرضه لا ترث لرضاها بالمبطل، فان كانت مضطرة لان سبب الاضطرار لم يكن من جهة الزوج فلم يكن جانياً في الفرقة. و في الجامع لو فارقته في مرضها في خيار العتق و البلوغ ورثها الزوج لانها جاءت من قبلها، و لهذا لم يكن طلاقا و في الينابيع جعل هذا قول ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (و ان قالت طلقني للرجعة فطلقها ثلاثا ورثته، لان الطلاق الرجعي لايزيل النكاح، فلم تكن بسؤالها راضية ببطلان حقها) و السؤال مصدر سأله الشيء، و هو اضافة المصدر الى الفاعل و المفعول متروك، اي بسؤال المرأة الطلاق الرجعي، و في بعض النسخ بسؤاله بتذكير الضمير المضاف اليه، و هو من اضافة المصدر المضاف الى المفعول و الفاعل متروك، اي بسوال الطلاق الرجعي كذا قرره الاترازي و التقدير على هذا الوجه بسؤال المرأة اياه الطلاق الرجعي (و ان قال لها) اي و ان قال الرجل لامرأته (في مرض موته كنت طلقتك ثلاثا في صحتي و انقضت عدتك فصدقته) اي المرأة صدقت زوجها بذالك، و لا ميراث لها ان الثابت بالتصادق كالثابت بالبينة (ثم اقر لها بدين) بان قال لها في ذمتي كذا و كذا درهما مثلا (او اوصى لها بوصية) من تركته (فلها الاقل من ذالك) اي من المقربه و الوصية (و من الميراث عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قال ابو يوسف و محمد رحمهما الله يجوز اقراره و وصيته) لها يعني لها جميع ما اقر لها هو اوصى لها، سواء كان اقل من الميراث او اكثر (و ان طلقها ثلاثاً في مرضه بامرها) بان قالت له طلقني و هو مريض فطلقها ثلاثا (ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذالك، و من الميراث في قولهم جميعاً) اي في قول ابي حنيفة و صاحبيه. و في الجامع جعل هذا قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى وحده (الا على قول زفر رحمه الله تعالى فان لها جميع ما اوصى به و ما اقر به لان

الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع من صحة الاقرار و الوصية. وجه قولهما في المسالة الاولى انهما لما تصادقا على الطلاق و إنقضاء العدة صارت اجنبية عنه، حتى جاز له ان يتزوج اختها فانعدمت التهمة الا ترى انه تقبل شهادته لها و يجوز وضع الزكاة فيها بخلاف المسالة الثانية لان العدة باقية و هي سبب التهمة، و الحكم يدار على دليل التهمة، ولهذا يدار على النكاح و القرابة و لا عدة في المسالة الاولى و لابي حنيفة رحمه الله تعالى في المسالتين ان التهمة قائمة، لان المراة قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار و الوصية عليها، فيزيد حقها، و الزوجان قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة و انقضاء العدة ليبرها

الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع من صحة الاقرار و الوصية) و لا ميراث لها، لانها اسقطته بسوالها (وجه قولهما) اي قول ابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (في المسألة الاولى) اي فيما اذا قال لها في مرضه كنت طلقتك ثلاثا في صحتي و انقضت عدتك فصدقته (انهما) اي الزوجين (لما تصادقا على الطلاق) اي على وقوعه (و انقضاء العدة) اي و على انقضاء العدة (صارت اجنبية عنه) اي عن الزوج (حتى جاز له ان يتزوج اختها فانعدمت التهمة) لوجود التصادق (الا ترى) ايضاح لانعدام التهمة (انه) اي ان الشان (تقبل شهادته لها و يجوز وضع الزكاة فيها) لان اقراره صار كاقراره لسائر الاجانب، و كذا وصيته لعدم التهمة، فهذه الاحكام (بخلاف المسألة الثانية) و هي ما اذا طلقها ثلاثاً في مرضه بامرها (لان العدة باقية و هي سبب التهمة و الحكم يدار على دليل التهمة) اي الحكم يترتب على دليل التهمة و يثبت به (و لهذا) اي و لكون الحكم دائرا على دليل التهمة (يدار على النكاح) حيث لايجوز شهادة احد الزوجين للآخر للتهمة (و القرابة) حيث لايجوز شهادة القريب للقريب، يعني قرابة الولاد، لانه يجوز شهادة الاخ للاخ لانعدام التهمة، هكذا اطلقوا، و المراد اذا لم يكن الاخ في عيال اخيه (و لا عدة في المسألة الاولى) لتصادقهما(١) على انقضاء العدة، و لس فيها دليل التهمة (و لابي حنيفة رحمه الله تعالى في المسألتين ان التهمة قائمة) بسبب التواضع (لان المراة قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار و الوصية عليها) اي على المرأة، و هو يتغلق بقوله لينفتح (فيزيد حقها) بالرفع لانه فاعل (و الزوجان قد يتواضعان) من التواضع، و هو عبارة عن وضع الشخصين رأيهما على شيء واحد، و كذا المواضعة (على الاقرار بالفرقة و انقضاء العدة ليبرها

---

(١) لتصادقهما الخ و في العناية ص٦ ج٤ و في عبارته تسامح لانه ذكر ان العدة سبب التهمة ثم جعله دليل التهمة واقامة الشيء مقام غيره اقامة السبب الداعي مقام المدعو واقامة الدليل مقام المدلول فهما قسيمان انتهى.

الزوج بماله زيادة على ميراثها و هذه التهمة في الزيادة فرددناها و لا تهمة في قدر الميراث فصححناه و لا مواضعة عادة في حق الزكاة و التزوج و الشهادة فلاتهمة في حق هذه الاحكام. قال و من كان محصورا او في صف القتال فطلق امراته ثلاثا لم ترثه، و ان كان قد بارز رجلاً او قدم ليقتل في قصاص او رجم ورثت ان مات في ذالك الوجه او قتل،

الزوج بماله زيادة) اي لاجل الزيادة (على ميراثها، و هذه التهمة في الزيادة فرددناها) اي الزيادة (و لاتهمة في قدر الميراث فصححناه) اي قدر الميراث (و لا مواضعة عادة) جواب(١) عن مسالة ايهما بيانه ان المواضعة عادة لاتكون (في حق الزكاة و التزوج و الشهادة فلاتهمة في حق هذه الاحكام) لان الاقرار و تهمة الاثمار يتحقق في حق الارث لا في حق هذه الاحكام، فاعتبرت في حق الارث دون غيره. و في الذخيرة لابد من تحكيم الحال اذا كان حال خصومة و غضب يقع الطلاق عليها بهذا الاقرار، و ان لم يكن كذلك لم يقع (قال و من كان محصورا) و في اكثر النسخ اي قال محمد في الجامع الصغير و من كان محصراً هذا لبيان ان حكم الفرار غير منحصر في المرض، بل كل شيء يقربه الى الهلاك غالباً، فهو في معنى مرض الموت (او في صف القتال) اي او كان في صف القتال في الحرب (فطلق امرأته ثلاثا لم ترثه) اي لم ترث المرأة زوجها (و ان كان) اي الذي في صف القتال (قد بارز رجلا) من المبارزة في الحرب، و هي الخروج من الصف لطلب القتال (او قدم) على صيغة المجهول، اي او قدم الرجل (ليقتل في قصاص) كلمة في هاهنا للتعليل، اي لاجل قصاص نحو قوله تعالى فذلكن الذي لتنني فيه و في الحديث ان امرأة دخلت النار في هرة(٢) اي لاجل هرة (او رجم) اي او قدم لاجل رجم بسبب الزنا (ورثت ان مات في ذالك الوجه او قتل) اي او قتل بسبب آخر، و فيه دليل على انه لا فرق بينهما اذا مات بذلك السبب او بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض اذا قتل، هذا ظاهر الرواية عن اصحابنا، و

---

(١) جواب الخ و في العناية جواب عن قولهما الا ترى انه يقبل شهادته لها الخ و في الكفاية جواب سوال و هو ان يقال هذه التهمة غير معتبرة في الشرع الاترى انه تقبل شهادته لها و يحل وضع الزكاة فيها و لها ان تتزوج في الحال و لو اعتبرت التهمة شرعا لاعتبرت في حق التزوج اذ الحل و الحرمة يوخذ فيهما بالاحتياط قلنا هذه المواضعة تكون في حق الارث لا في حق هذه الاحكام عادة فاعتبرت هنا و لم تعتبر ثمة. انتهى. (٢) في هرة البخاري كتاب الانبياء ص٤٩٥ ج١ عن عبدالله بن عمر رضي الله عنه مرفوعاً و مسلم كتاب الكسوف ص٢٩٧ ج١ عن جابر مرفوعا و كتاب قتل الحيات ص٢٣٦ ج٢ عن عبدالله و ابي هريرة رضي الله عنهما مرفوعا و كتاب البر باب تحريم تعذيب الهرة و نحوها ص٣٢٨ ج٢ عن ابن عمر رضي الله عنه مرفوعا و النسائي كتاب الكسوف ص٢١٨ ج١ عن عبدالله بن عمرو رضي الله عنه مرفوعا.

و اصله ما بينا ان امراة الفار ترث استحساناً و انما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله، و انما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالباً، كما اذا كان صاحب الفراش، و هو ان يكون بحال لايقوم بحوائجه كما يعتاده

هو المذكور في مختصر الكافي و المبسوط و الشامل. و قال شمس الائمة السرخسي في مبسوطه(١) كان عيس بن ابان يقول لا ميراث لها لان مرض الموت ما يكون سببا للموت، و لما مات بسبب آخر علمنا ان مرضه لم يكن مرض الموت. و لنا ان الموت اتصل بالمرض و السبب الآخر يكون متمما له، و لا منافاة فيثبت الفرار فترث (و اصله) اي اصل ثبوت حكم الفرار (ما بينا) اي في اول الباب (ان امرأة الفار ترث استحسانا) لا قياسا كما هو احد اقوال الشافعي رحمه الله تعالى لان سبب الارث انتهاء النكاح بالموت و لم يوجد لارتفاعه بالطلقات، و الحكم لايثبت بدون السبب. وجه الاستحسان ما مر و هو اتفاق الصحابة رضي الله تعالى عنهم على ذالك كما ذكرناه مفصلا. (و انما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله) اي بمال الزوج (و انما يتعلق) اي حقها بمال الزوج (بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما اذا كان صاحب الفراش، و هو ان يكون بحال لايقوم بحوائجه) كالذهاب الى المسجد و الى قضاء حاجته، و عن شمس الائمة السرخسي رحمه الله تعالى ان المعتبر في حق الفقيه ان لايقدر على الخروج الى المسجد، و في السوق ان لايقدر على الخروج الى الدكان. و في المرأة ان لاتخرج الى السطح، و لو كان المريض يقوم بحوائجه في البيت كالمشي الى الخلاء و لايقوم بحوائجه خارج البيت على التفصيل الذي ذكرنا فهو في حكم مرض الموت عند عامة مشايخ بخاري. و عند عامة مشايخ بلخ هو في حكم الصحيح و قال بعض المشايخ من المتاخرين اذا كان بحال يمكنه ان يخطو ثلاث خطوات من غير ان يستعين بغيره فهو بمنزلة الصحيح، و هذا ضعيف، فان المريض جدا لايعجز عن هذا و قيل الذي يتعذر عليه اداء الصلاة جالسا. و قيل الذي لايقدر ان يقوم الا ان يقيمه انسان. و قيل ان لايقدر على المشي الا ان يهادي بين اثنين. و في المرأة ان تعجز عن القيام بمصالح بيتها (كما يعتاده

---

(١) في مبسوطه ص١٦٨ ج٦ و نصه و كان عيسى بن ابان يقول لا ميراث لها لان مرض الموت ما يكون سببا للموت و لما مات بسبب آخر فقد علمنا ان مرضه لم يكن مرض الموت و ان حقها لم يكن متعلقا بماله يومئذ فهو كما لو طلقها في صحته و لكنا نقول قد اتصل الموت بمرضه حين لم يصح حتى مات و قد يكون للموت سببان فلا يتبين بهذا ان مرضه لم يكن مرض الموت و ان حقها لم يكن ثابتا في ماله و قد بينا ان ارثها منه بحكم الفرار و هو متحقق هنا انتهى و كذا في العناية و الكفاية ص٨ ج٤.

الاصحاء، و قد يثبت حكم الفرار بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب، و ما يكون الغالب منه السلامة لايثبت به حكم الفرار فالمحصور و الذي في صف القتال الغالب منه السلامة، لان الحصن لدفع باس العدو، و كذا المنعة فلايثبت به حكم الفرار و الذي بارز او قدم ليقتل الغالب منه الهلاك فتحقق(١) به الفرار و لهذا اخوات تخرج على هذا الحرف

الاصحاء) اي من القيام بحوائجه، و الاصحاء جمع صحيح (و قد يثبت حكم الفرار بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب) فيكون ذالك سببا في حكم مرض الموت، فالآن يوضحه المصنف رحمه الله تعالى (و ما يكون الغالب منه السلامة لايثبت به حكم الفرار) و ان كان يخاف منه الهلاك، فلايعطى له حكم المرض (فالمحصور) الى قوله و لهذا اخوات ايضاح لما قبله، و بيان له، فلذلك ذكره بالفاء و المحصور هو المحبوس يقال حصره اذا حبسه (و الذي في صف القتال) اي في الصف للقتال (الغالب منه السلامة) اي في كل واحد من المحصور و الذي في صف القتال السلامة غالبا، و ان كان يقع الهلاك نادرا (لان الحصن لدفع باس العدو) و هذا تعليل للمحصور، لان الغالب الذي في الحصن يامن من شدة العدو (و كذا المنعة) تعليل للذى في صف القتال، لان حوله من يمنع كل من العدو، و المنعة بالفتحات، و يقال فلان في منعة(٢) من قومه، اي في عز و أمن (فلايثبت به حكم الفرار) نتيجة لما قبله (و الذي بارز) اي الذي خرج للمبارزة (او قدم) على صيغة المجهول (ليقتل) في قصاص او رجم (الغالب منه الهلاك) و الخلاص نادر (فتحقق به الفرار) نتيجة لما قبله (و لهذا) اي و لهذه الصورة المذكورة (أخوات) يعني من الصور الاخرى (تخرج على هذا الحرف) اي على هذا الاصل المذكور و حرف كل شيء حده و ناحيته، و الاصل المذكور هو ثبوت حكم الفرار بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب و عدم ثبوته فيما كان الغالب منه السلامة، فمن الاول(٣) النازل في المسبعة و الراكب

---

(١) فتحقق - ن- فيتحقق. (٢) فلان في منعة و في اللسان. فلان في عز و منعة بالتحريك و قد يسكن يقال المنعة جمع كما قدمنا اي هو في عز و من يمنعه من عشيرته. (٣) فمن الاول الخ و في العناية منها راكب السفينة بمنزلة الصحيح فان تلاطمت الامواج و خيف الغرق صار كالمريض في هذه الحالة و منها المرأة الحامل فانها كالصحيحة فاذا اخذها الطلق فهي كالمريضة و منها المقعد و المفلوج ما دام يزداد مابه فهو كالمريض فان صار بحيث لايزداد كان بمنزلة الصحيح في الطلاق وغيره لانه مادام يزداد في علته فالغالب ان آخره الموت و اذا صار بحال لايزداد فلايخاف منه لم يكن كذالك انتهى و في الكفاية منها راكب السفينة او النازل في المسبعة طلق امراته لايكون فارا و اما اذا انكسرت السفينة او تلاطمت الامواج و اشتدت الرياح او وقع في فم سبع فطلق يكون فارا و نحوه في فتح القدير ص٨ ج٤.

و قوله اذا مات في ذالك الوجه او قتل دليل على انه لا فرق بين ما اذا مات بذلك السبب او بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض اذا قتل، و اذا قال الرجل لامراته و هو صحيح. اذا جاء راس الشهر او اذا دخلت الدار، او اذا صلى فلان الظهر، او اذا دخل فلان الدار فانت طالق، فكانت هذه الاشياء و الزوج مريض لم ترث، و ان كان القول في المرض ورثت الا في قوله اذا دخلت الدار، و هذا على وجوه، اما ان يعلق الطلاق بمجيء الوقت او بفعل الاجنبي،

في السفينة و بقى على لوح، و كذا في المحيط و في جوامع الفقه كان في سفينة فاضربت الامواج، و كان الغالب منه الغرق فهو كمرض الموت، و كذا الواقع في فم السبع و المسلول و المفلوج و المقعد مادام يزداد مابه فهو من الاول و الا فهو من الثاني و صاحب جرح و قرحة او وجع لم يصبه على الفراش بمنزلة الصحيح في الطلاق وغيره (و قوله) اي قول محمد رحمه الله تعالي في الجامع الصغير (اذا مات في ذالك الوجه او قتل دليل على انه لافرق بينهما اذا مات بذالك السبب او بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض اذا قتل) و قد مر الكلام فيه عن قريب (و اذا قال الرجل لامرأته و هو صحيح) اي و الحال انه صحيح (اذا جاء راس الشهر او اذا). اي او قال لها اذا (دخلت الدار، او اذا صلى فلان الظهر، او اذا دخل فلان الدار) و هذه اربع صور تعليقه وقوله (فانت طالق) جوابها، اي طالق بائن لان حكم الفرار يثبت بالبائن (فكانت) اي وجدت و حدثت فكانت تامة (هذه الاشياء) اي مجيء راس الشهر، و دخول المراة الدار، و صلاة فلان الظهر، و دخول فلان الدار (و الزوج مريض) اي و الحال ان الزوج كان مريضاً وقت وجود هذه الاشياء (لم ترث) جواب اذا في الصور المذكورة الا في الصورة المستثناة، على ما يجئ الآن. و قال زفر رحمه الله تعالى ترث، لان المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط، قلنا لاترث، لانه لم يوجد منه الفرار، فلاترث بيانه انه كان حين علق صحيحاً و لم يكن حق المرأة متعلقا بماله، فلم يوجد الفرار، و حين وجد الشرط لم يوجد فعل من الزرج، لان الشرط امر سماوي او فعل الاجنبي، و الزوج ليس بقادر على ابطال التعليق، و لا على منع الفعل السماوي و لا على منع الاجنبي من ايجاد الشرط، فلم يكن قادراً فلم ترث لعدم قصد العدوان من الزوج. (و ان كان القول في المرض ترث الا في قوله اذا دخلت الدار) هذه الصورة المستثناة من الصور الاربعة المذكورة (و هذا) اشارة الى المذكور من الصور المذكورة، منها اي من قوله اذا دخلت الدار، الخطاب الى المراة او الى نفسه (على وجوه) اربعة الاول هو قوله (اما ان يعلق الطلاق بمجيء الوقت) بان قال اذا جاء راس الشهر فانت طالق، و الثاني هو قوله (او بفعل الاجنبي) بان

او بفعل نفسه، او بفعل المرأة و كل وجه على وجهين، اما ان كان التعليق في الصحة و الشرط في المرض او كلاهما في المرض، اما الوجهان الاولان و هو ما ان(١) كان التعليق بمجيء الوقت بان قال اذا جآء راس الشهر فانت طالق او بفعل الاجنب بان قال اذا دخل فلان الدار او صلى فلان الظهر و كان(٢) التعليق و الشرط في المرض فلها الميراث، لان القصد الى الفرار قد تحقق منه بمباشرة التعليق في حال تعلق حقها بماله و ان كان التعليق في الصحة و الشرط في المرض لم ترث. و قال زفر رحمه الله تعالى ترث، لان المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز، فكان ايقاعاً في المرض. و لنا ان التعليق السابق يصير تطليقاً عند الشرط حكماً لا قصداً

قال اذا صلى فلان الظهر او اذا دخل فلان هذه الدار. و الثالث هو قوله (او بفعل نفسه) بان قال ان دخلت هذه الدار بالاخبار عن نفسه، و الرابع هو قوله (او بفعل المرأة) بان قال مخاطباً لها ان دخلت هذه الدار (و كل وجه) اي من الوجوه المذكورة. (على وجهين) احدهما قوله (اما ان كان التعليق في الصحة و الشرط في المرض) و الآخر هو قوله (او كلاهما) اي التعليق و الشرط وجدا كلاهما (في المرض اما الوجهان الاولان و هو ما ان كان التعليق بمجيء الوقت بان قال اذا جآء راس الشهر فانت طالق، او بفعل الاجنبي بان قال اذا دخل فلان الدار او صلى فلان الظهر، فان كان التعليق و الشرط في المرض فلها الميراث لان القصد الى الفرار قد تحقق منه) اي من الزوج (بمباشرة التعليق في حال تعلق حقها بماله) و هو حال المرض الذي يخاف منه الهلاك، و لهذا لايجوز له ان يوصي باكثر من الثلث الا باجازة الورثة. (و ان كان التعليق في الصحة و الشرط في المرض لم ترث. و قال زفر رحمه الله تعالى ترث، لان المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز، فكان ايقاعاً في المرض) اي فكان المعلق بالشرط ايقاعا في المرض (و لنا ان التعليق السابق يصير تطليقا عند الشرط حكماً لا قصداً) يعني من حيث الحكم لا من حيث القصد، يعني يسلم قول زفر رحمه الله تعالى انه يصير كالمنجز لكن حكما لا قصداً(٣) و لهذا لو كان عاقلا عند التعليق و مجنونا عند الشرط يقع الطلاق. فلو كان التعليق تطليقاً عند وجود الشرط لما وقع لعدم القصد منه، و كذا لو حلف بعد التعليق بان لايطلق ثم وجد الشرط لم

---

(١) ان – ن – اذا. (٢) و كان – ن – فان كان. (٣) لا قصدا الخ و في فتح القدير ص٩ ج٤ لا قصدا و لذا لو كان مجنونا عند الشرط وقع و لو حلف بعد التعليق لايطلق ثم وجد الشرط لم يحنث فلو كان تطليقا عند الشرط حقيقة و حكما لم يقع في الاول و حنث في الثاني الخ و كذالك في العناية و الكفاية.

و لا ظلم الا عن قصد، فلايرد تصرفه. فاما الوجه الثالث و هو ما اذا علقه بفعل نفسه، فسواء كان التعليق في الصحة و الشرط في المرض او كانا في المرض و الفعل مما له منه بد او لابد له منه فيصير فارا لوجود قصد الابطال، اما بالتعليق او بمباشرة الشرط في المرض، و ان لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق الف بد فيرد تصرفه دفعاً للضرر عنها. و اما الوجه الرابع و هو ما اذا علقه بفعلها، فان كان التعليق و الشرط في المرض و الفعل مما لها منه بد ككلام زيد و نحوه لم ترث، لانها راضية بذالك، و ان كان الفعل لابد لها منه كاكل الطعام و صلاة الظهر، و كلام الابوين ترث لانها مضطرة في المباشرة لما لها في الامتناع من خوف الهلاك في الدنيا او في العقبى و لا رضاء

يحنث، فلو كان التعليق تطليقاً عند وجودالشرط ينبغى ان يحنث (و لا ظلم الا عن قصد، فلايرد تصرفه) لانه علق و لم يتعلق حقها بماله، فلم يوجد من جهته منع بعد وجود الشرط، و لايقدر على ابطال التعليق و لا على منع الاجنبي عن ايجاد الشرط. (فاما الوجه الثالث و هو ما اذا علقه بفعل نفسه، فسواء كان التعليق في الصحة و الشرط في المرض او كانا) اي او كان التعليق و الشرط (في المرض و الفعل مما له منه بد) اي الفعل شيء للزوج من ذالك الشيء بد،ككلام زيد مثلاً (او لابد له منه) اي او الفعل شيء لابد للزوج منه، كالاكل و الصلاة و نحو ذالك (فيصير فاراً لوجود قصد الابطال، اما بالتعليق او بمباشرة الشرط في المرض، و ان لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق الف بد فيرد تصرفه دفعاً للضرر عنها) اي عن المرأة (و اما الوجه الرابع و هو ما اذا علقه بفعلها، فان كان التعليق و الشرط في المرض و الفعل) اي و كان الفعل (مما لها منه بد ككلام زيد و نحوه) مثل دخول الدار (لم ترث، لانها راضية بذلك) اي باسقاط حقها، حيث باشرت الشرط (و ان كان الفعل) و في اكثر النسخ، فان كان الفعل (لابد لها منه كاكل الطعام و صلاة الظهر) قال الاترازي تقييد صلاة الظهر اتفاقي لا احترازي، لان الحكم في سائر المكتوبات كذلك، و تخصيصها(٢) باعتبار انها اسبق في النظر بحيث الاولية، لانها اول صلاة فرضت، قلت هذا الوجه ذكره السغناقي. (و كلام الابوين ترث لانها مضطرة في المباشرة لما لها في الامتناع من خوف الهلاك في الدنيا) كالاكل، فان لم تاكل تخاف على نفسها الهلاك في الدنيا (او في العقبى) و من خوف الهلاك في العقبى كالصلاة المكتوبة (و لا رضاء

---

(١) و تخصيصها الخ و في العناية ص١١ ج٤ صلوة الظهر قيل انما خصها بالذكر و ان كان جميع المكتوبات فيه سواء لانها اول صلوة فرضت على النبي صلى الله عليه وسلم و كان الفهم في النظر الى الاول اسبق انتهى.

مع الاضطرار. و اما اذا كان التعليق في الصحة و الشرط في المرض ان(١) كان الفعل مما لها منه بد فلااشكال انه لاميراث لها، و ان كان مما لابد لها منه فكذلك الجواب عند محمد رحمه الله تعالى و هو قول زفر رحمه الله لانه لم يوجد من الزوج صنع بعد ما تعلق حقها بماله، و عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى ترث لان الزوج الجأها الى المباشرة فينتقل الفعل اليه كانها آلة له كما في الاكراه، قال و اذا طلقها ثلاثا و هو مريض ثم صح ثم مات لم ترث. و قال زفر رحمه الله تعالى ترث لانه قصد الفرار حين اوقع في المرض و قد مات و هي في العدة، و لكنا نقول المرض اذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة لانه ينعدم به مرض الموت فتبين انه لاحق

مع الاضطرار، و اما اذا كان التعليق في الصحة و الشرط في المرض ان كان الفعل مما لها منه بد فلا اشكال انه) اي ان الشان (لا ميراث لها، و ان كان مما لابد لها منه فكذلك الجواب عند محمد رحمه الله تعالى) اي لا ميراث لها (و هو قول زفر رحمه الله تعالى) اي قول محمد قول زفر ايضا (لانه لم يوجد من الزوج صنع بعد ما تعلق حقها بماله، و عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى ترث، لان الزوج الجأها الى المباشرة) اي الى جعل فعلها الذي لابد لها منه علة لاسقاط حقها (فينتقل الفعل اليه كانها) اي كان المرأة (آلة له كما في الاكراه) يعني اذا اكره زيد عمروا على اتلاف مال الغير فاتلفه عمرو يضمن زيد، لان المكره بفتح الراء صار كانه آلة للمكره بكسر الراء فانتقل فعل المكره الى المكره، فكذا فيما نحن فيه فلما كانت المرأة مضطرة انتقل فعلها الى الزوج، فصار كانه فعل الشرط في مرض موته فورثت لكونه فاراً (قال) اي محمد في الجامع الصغير، و ليس في كثير من النسخ لفظ قال (و اذا طلقها ثلاثا و هو مريض) اي و اذا طلق الرجل امرأته ثلاث تطليقات و الحال انه مريض (ثم صح ثم مات لم ترث. و قال زفر رحمه الله تعالى ترث) و لم يذكر في الجامع الصغير خلاف زفر، و كذا لم يذكر في الاصل و لا ذكره الحاكم في مختصره. و انما ذكره شمس الائمة السرخسي في شرح المختصر، و بقول زفر قال الثوري و الزهري و الاوزاعي و احمد و اسحاق و ابن راهويه رحمهم الله تعالى. و دليل زفر هو قوله (لانه) اي لان الزوج (قصد الفرار حين اوقع الطلاق في المرض و قد مات) و الحال انه قد مات (و هي في العدة) و لايعتبر البرء المتخلل، فكانه لم يبرأ بين الطلاق و الموت (و لكنا نقول المرض اذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة، لانه ينعدم به مرض الموت، فتبين انه لا حق

---

(١) ان - ن - فان.

لها ، يتعلق بماله، فلايصير الزوج فاراً. و لو طلقها فارتدت و العياذ بالله ثم اسلمت ثم مات من مرض موته و هي في العدة لم ترث، و ان لم ترتد بل طاوعت ابن زوجها في الجماع ورثت. وجه الفرق انها بالردة ابطلت اهلية الارث اذ المرتد لايرث احداً، و لا بقاء له بدون الاهلية، و بالمطاوعة ما ابطلت الاهلية، لان المحرمية لاتنافي الارث و هو الباقي، بخلاف ما اذا طاوعت في حال قيام النكاح، لانها تثبت الفرقة، فتكون راضية ببطلان السبب، و بعد الطلقات الثلاث لاتثبت الحرمة بالمطاوعة لتقدمها عليها ،

لها يتعلق بماله، فلايصير الزوج فارا) قيل(١) هذا اذا كان به حمى ربع فانقطعت و صح منها ثم مات بحمى غب او غيرهما من الامراض، اما لو صح من حمى الربع ثم عادت حمى ربع و مات يجعل الثانية عين الاولى، و لايحكم بزوالها، فينبغي ان ترثه على هذا و فيه نظر(٢) لانه لو حكم بزوالها لم يحكم لما بقي تعلق حقها بماله فلايتحقق قصد الفرار (و لو طلقها)(٣) اي ثلاثا او بائنا (فارتدت و العياذ بالله تعالى ثم اسلمت ثم مات) الزوج (من مرضه و هي في العدة) اي و الحال انها في العدة (لم ترث) لان الردة منافية للارث (و ان لم ترتد بل طاوعت ابن زوجها في الجماع ورثت وجه الفرق) بين المسألتين (انها بالردة ابطلت اهلية الارث، اذ المرتد لايرث احدا و لا بقاء له) اي للارث (بدون الاهلية و بالمطاوعة) اي بمطاوعة ابن زوجها (ما ابطلت الاهلية، لان المحرمية لاتنافي الارث و هو الباقي) اي الارث هو الباقي (بخلاف ما اذا طاوعت في حال قيام النكاح، لانها تثبت الفرقة، فتكون راضية ببطلان السبب) اي سبب الارث و هو النكاح (و بعد الطلقات الثلاث لاتثبت الحرمة بالمطاوعة لتقدمها عليها) اي لتقدم الطلقات على المطاوعة يعني اهلية الارث لم تثبت بالمطاوعة فامكن ابقاء النكاح في استحقاق الارث في هذه الحالة كما كانت فان قيل(١) ينبغي ان لاترث لانا تيقنا النكاح حكماً في حق الارث و النكاح الباقي حقيقة يبطل بالمحرمية فهذا احق و صار كما اذا طاوعت ابن زوجها قبل الطلاق و كالمسألة الاولى، اجيب بان الردة تنافي نفس الحق و هو الارث لما ان المرتد لايرث احداً، فلم يتصور بقاء النكاح

---

(١) قيل هذا الخ كذا في البحر الرائق ص٥٢ ج٤ و فيه و في قانون شاه في الطب و اما حمى السوداوية خارج العروق و داخلها فهي حمى الربع فيجب ان يراعي فيها حفظ القوة و اما حمى الغب بكسر الغين ففي المصباح هي التي تاتى يوما و تغيب يوما الخ. (٢) و فيه نظر الخ و في البحر ص٥٢ ج٤ و فيه نظر لانها لما زالت لم يبق لها تعلق بماله الخ. (٣) و لو طلقهاالخ كذا في المبسوط للسرخسي ص١٦٤ ج٦. (٤) فان قيل الخ كذا في الكفاية ص١١ ج٤.

فافترقا، و من قذف امراته و هو صحيح و لاعن في المرض ورثت. و قال محمد رحمه الله تعالي لاترث، و ان كان القذف في المرض ورثته في قولهم جميعاً، و هذا ملحق بالتعليق بفعل لابد لها منه، اذ هي ملجأة الى الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها و قد بينا الوجه فيه. و ان آلى امراته و هو صحيح ثم بانت بالايلاء و هو مريض ترث، و ان كان الايلاء ايضا في المرض ورثت لان الايلاء في معنى تعليق الطلاق بمضي اربعة اشهر

بدون الاهل. فاما المحرمية فانها يبطل بها الارث بسبب بطلان النكاح مضافا اليها، و لم يوجد، لان النكاح قد بطل بالثلاث. و انما بقي في حق الارث خاصة، و بالمطاوعة في حال قيام النكاح تقع الفرقة مضافة اليها فلايجب ابقاء النكاح في حق الاستحقاق نظراً لها مع رضاها ببطلان السبب، كذا في الكافي. (فافترقا) اي ارتداد المرأة بعد الابانة و مطاوعتها ابن زوجها حيث لم ترث في الاولى، و ورثت في الثانية (و من قذف امرأته و هو صحيح) اي و الحال انه في الصحة (و لاعن في المرض ورثت) منه (و قال محمد رحمه الله تعالى لاترث) و به قال زفر رحمه الله تعالى لعدم الفرار لان سبب الفرقة قذف الرجل و لم يكن قذفه في زمان تعلق حقها بماله (و ان كان القذف في المرض ورثته في قولهم جميعاً، و هذا) ي هذا الحكم (ملحق بالتعليق بفعل) اي بالفعل الذي (لابد لها منه، اذ هي ملجأة الى الخصومة) يعني مضطرة اليها (لدفع عار الزنا عن نفسها) فلم تكن راضية ببطلان حقها، فجعل الزوج مطلقاً في المرض حكماً باعتبار الشرط، فكان لها الميراث لوجود الفرار منه بالطلاق في المرض (و قد بينا الوجه فيه) اي بينا وجه هذه المسألة في التعليق بفعل لابد لها منه عند قوله(١) و ان كان لابد لها منه فكذالك الجواب عند محمد .... الى آخره. (و ان آلى امرأته و هو صحيح) اي و ان آلى رجل من امرأته و الحال انه صحيح (ثم بانت بالايلاء) يعني تمت الاربعة الأشهر (و هو مريض) اي و الحال انه مريض (لم ترث) لان البينونة مضافة الى ايلاء الزوج و قد وقع ذلك في حال الصحة، و لم يوجد من الزوج في المرض شيء آخر من مباشرة علة او شرط، فلايكون فاراً، و هو فرع التعليق بمجيء الوقت (و ان كان الايلاء ايضا في المرض ورثت، لان الايلاء في معنى تعليق الطلاق بمضي اربعة اشهر

---

(١) عند قوله و ان كا لابد الخ و في العناية و هو قوله لانها مضطرة في المباشرة و في فتح القدير ص١٢ ج٤ و هو قوله لانها مضطرة في المباشرة اي مباشرة الشرط و لا رضا مع الاضطرار كذا قيل و الاوجه كونه قوله بعد ذالك لان الزوج الجأها الى المباشرة فينتقل الفعل اليه لان الاول ذكره في صورة ما اذا كان التعليق و الشرط في المرض و ما ذكرنا ذكره في صورة ما اذا كان التعليق في الصحة و الشرط في المرض و هو الموازن لما نحن فيه فان القذف كان في الصحة و اللعان في المرض.

خالية عن الوقاع، فيكون ملحقا بالتعليق بمجيء الوقت، و قد ذكرنا وجهه، قال رحمه الله تعالى و الطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث به في جميع الوجوه لما بينا انه لايزيل النكاح حتى يحل الوطء، فكان السبب قائماً، و كلما ذكرنا انها ترث انما ترث اذا مات و هي في العدة، و قد بيناه.

خالية عن الوقاع، فيكون ملحقاً بالتعليق بمجيء الوقت) فان قيل(١) لانسلم ان الايلاء نظير تعليق الطلاق بمجيء الوقت ان كان الايلاء في الصحة لما انه متمكن من ابطال الايلاء بالفئ، و اذا لم يبطل في حالة المرض صار كانه انشأ الايلاء في المرض و هناك ترث، فكذلك هنا. فكان نظير من وكل وكيلا بالطلاق في صحته، فطلقها الوكيل في المرض، كان ناراً لتمكنه من العزل، فاذا لم يعزل يجعل كانه انشاء فكذلك هاهنا. اجيب بان الفرق بينهما ثابت و هو انه لايمكنه ابطال الايلاء الا بضرر يلزمه، فلم يكن متمكنا مطلقاً، بخلاف مسألة الوكالة (و قد ذكرنا وجهه) اي وجه التعليق بمجيء الوقت (قال) اي قال المصنف رحمه الله تعالى (و الطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث به في جميع الوجوه) اي في جميع الصور(٢) سواء نجز او علق بالوجوه الاربعة المذكورة في التعليق (لما بينا) فيما مضى (انه) اي ان الطلاق الرجعي (لايزيل النكاح حتى يحل الوطئ، فكان السبب) اي سبب الارث (قائما) و هو النكاح حكماً (و كلما ذكرنا انها ترث انما ترث اذا مات) اي الزوج (و هي في العدة) اي و الحال انها في العدة (و قد بيناه) في اول الباب بقوله و اذا طلق الرجل امراته في مرض موته طلاقاً بائنا فمات و هي في العدة ورثته، و ان مات بعد انقضاء العدة فلاميراث لها.

---

(١) فان قيل لانسلم الخ كذا في الشروح الثلاثة ص١٢ ج٤. (٢) جميع الصور و في العناية في جميع الوجوه يعني سواء كان الطلاق بسوالها او بغير سوالها و سواء كان التعليق بفعلها او بفعله و سواء كان الفعل مما لها منه بد او لم يكن انتهى و كذا في الفتح.

باب الرجعة

و اذا طلق الرجل امراته تطليقة رجعية او تطليقتين فله ان يراجعها

(باب الرجعة)

اي هذا باب في بيان حكم الرجعة. و لما كانت الرجعة متاخرة عن الطلاق طبعاً اخره وضعا ليناسب الوضع الطبع من قولهم رجع(١) يرجع رجعا و رجوعا و رجعته اي رددته الى اهله، اي اليهم. و يقال الى الله مرجعك و رجوعك و رجعاك، و ربما قالوا رجعناك، و طلق فلان امراته بملك الرجعة، و الرجعة قاله ابن دريد. قلت يعني بفتح الراء و كسرها، و الفتح افصح. و في المنافع رجع يستعمل لازما و متعديا، فالرجوع مصدر اللازم، كالقعود و الجلوس و الدخول، فمن اللازم قوله تعالى(٢) لئن رجعنا الى المدينة فلما رجعوا الى ابيهم و انا اليه راجعون و من المتعدي قوله تعالى فان رجعك الله الى طائفة منهم ثم ارجع البصر و الرجع مصدر المتعدي و هي في الشريعة استدامة ملك النكاح، و لها شرائط(٣) احدها: تقديم صريح لفظ الطلاق او بعض الفاظ الكناية كما تقدم. الثانية: ان لايكون بمقابلة مال. الثالثة: ان لايستوفي الثلاثة من الطلاق. الرابعة: ان تكون المرأة مدخولا بها. الخامسة: ان تكون العدة قائمة، و لا خلاف لمشروعيتها لا حد لثبوتها بالكتاب و السنة و الاجماع. (و اذا طلق الرجل امراته تطليقة رجعية او طلقتين فله ان يراجعها

---

(١) رجع و في لسان العرب رجع يرجع (باب ضرب) رجعا (بفتح الراء و سكون الجيم) و رجوعا (بضم الزاء) و رجعي (بضم الراء و سكون الجيم) و رجعانا (بضم الراء و سكون الجيم) و مرجعا (بفتح الميم و سكون الراء و كسر الجيم) و مرجعة (بفتح الميم و سكون الراء و كسر الجيم) انصرف و في التنزيل ان الى ربك الرجعي اى الرجوع و المرجع مصدر على وزن فعلى (و كبرى) و فيه اى الله مرجعكم جميعا اي رجوعكم و رجعته ارجعه (باب ضرب متعد) رجعا (بفتح الراء و سكون الجيم) و مرجعا (بفتح الميم و سكون الراء و كسر الجيم) و مرجعا (بفتح الميم و سكون الراء و فتح الجيم) و ارجعته في لغة هذيل انتهى ملخصا و راجع له فتح القدير ص١٤ ج٤ و في البحر ص٥٣ ج٤ باب الرجعة بكسر الراء و فتحها و الفتح افصح. (٢) قوله تعالى لئن رجعنا آية ٨ سورة المنافقون فلما رجعوا ٦٣ - يوسف و انا اليه راجعون. ١٥٦ - البقرة فان رجعك الله ٨٣ - التوبة. ثم ارجع البصر ٤ - الملك. (٣) و لها شرائط الخ كذا في العناية ص١٤ ج٤ و في البحر الرائق ص٥٤ ج٤ و قدمنا ان الطلاق الصريح و ما في حكمه يعقب الرجعة و ضبطه في البدائع (ص١٨١ ج٣ و مابعده) بان يكون الطلاق صريحا بعد الدخول حقيقة غير مقرون بعوض و لابعدد الثلاث نصا و لا اشارة و لا موصوف بصفة تنبئ عن البينونة او تدل عليها من غير حرف العطف و لا مشبه بعدد او صفة تدل عليه انتهى.

في عدتها رضيت بذالك او لم ترض، لقوله تعالى فامسكوهن بمعروف من غير فصل، و لابد من قيام العدة لان الرجعة استدامة الملك، الا ترى انه سمي امساكاً و هو الابقاء، و انما تتحقق(١) الاستدامة في العدة لانه لا ملك بعد انقضائها، و الرجعة ان يقول

في عدتها، رضيت بذلك او لم ترض) و هذا باجماع اهل العلم (لقوله(٢) تعالى فامسكوهن بمعروف) الامساك هو الابقاء، و قوله تعالى فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف يعني اذا بلغن منتهى عدتن فانتم بالخيار ان شئتم فالرجعة و الامساك من غير ضرار، و ان شئتم فالمفارقة من غير ضرار، و روى ابوداود(٣) عن عمر رضي الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم طلق حفصة رضي الله تعالى عنها ثم راجعها، و في حديث ابن عمر انه عليه الصلوة و السلام قال له مر ابنك فليراجعها... الحديث متفق عليه(٤) (من غير فصل) يعني ان اطلاق النص لم يفصل بين رضي المراة و عدمه، بل اثبت الرجع مطلقاً (و لابد من قيام العدة، لان الرجعة استدامة الملك) و لا ملك بعد انقضاء العدة (الا ترى انه سمي امساكا) توضيح لما قبله، بيانه ان الله تعالى سمى الرجعة امساكا، و ذلك باجماع اهل التفسير (و هو الابقاء) اي الامساك الابقاء (و انما يتحقق الاستدامة في العدة(٥) لانه لا ملك بعد انقضائها) فاذا انقضت العدة لم يبق محل الامساك و الطلاق الرجعي في الحال سبب لزوال الملك عند انقضاء العدة، (و الرجعة ان يقول) اي كيفية الرجعة ان يقول الذي طلقها طلقة او طلقتين

---

(١) تتحقق – ن – يتحقق. (٢) لقوله تعالى فامسكوهن ٢٣١ البقرة و قوله تعالى فاذا بلغن اجلهن ٢٣١ البقرة. (٣) ابوداود باب في المراجعة ص٣١٨ ج١. (٤) متفق عليه – و لفظ الحديث عن ابن عمر رضي الله تعالى عنه انه طلق امراته و هي حائض فسال عمر بن الخطاب رضي الله تعالى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال مره فليراجعها الخ اخرجه الائمة الستة البخاري في اوائل الطلاق ص٧٩٠ ج٢ و باب مراجعة الحائض ص٨٠٣ ج٢ و كتاب الاحكام ص١٠٦٠ ج٢ و في تفسير سورة الطلاق ص٧٢٩ ج٢ و مسلم باب تحريم طلاق الحائض ص٤٧٦ ج١ و راجع نصب الراية ص٢٢١ ج٣ و البناية ص٣٣٦ ج٦. (٥) و انما يتحقق الاستدامة في العدة فان قيل كما سمى الله تعالى الرجعة امساكا فكذلك سماها ردا في قوله و بعولتهن احق بردهن و حقيقة الرد لاتكون الا بعد الزوال قلنا لما دل الدليل على بقاء الملك حمل الرد على الحالة الاولى حتي لاتبين بانقضاء العدة لا الاعادة بعد الزوال و الدليل على بقاء الملك بعد الطلاق الرجعي انه يملك الاعتياض بالخلع بعد الطلاق الرجعي اجماعا و ملك الاعتياض لايكون الا بعد بقاء اصل الملك و كذلك يملك عليها سائر التصرفات التي كان يملك عليها قبل الطلاق و هو الظهار و الايلاء و اللعان فدل ذلك على بقاء الملك مطلقا كذا في الكفاية ص١٥ ج٤ و راجع له المبسوط للسرخسي ص٢٠ ج٦.

راجعتك او راجعت امرأتي، و هذا صريح في الرجعة، و لا خلاف بين الائمة(١) قال او يطأها او يقبلها او يلمسها بشهوة او ينظر الى فرجها بشهوة،

(لامرأته راجعتك) بالخطاب لها (او راجعت امراتي) اي او يقول راجعت امراتي بالغيبة (و هذا صريح في الرجعة، و لا خلاف فيه) اي في هذا يعني بالقول (بين الائمة) اراد ان الرجعة بالقول تصح بالاجماع. و في المحيط و كذا اذا قال ارتجعتك او رجعتك او رددتك او مسكتك و هذه الالفاظ صريحة في الرجعة غير مفتقرة الى النية. و من الكنايات في الرجعة انت عندي كما كنت، او قال انت امرأتي و نوىٰ به الرجعة صار مراجعاً ذكره في الذخيرة(٢) وفي الحاوي عزاه الى احمد بن مقاتل الرازي قاضي قضاة بغداد. و في الروضة في حصول الرجعة براجعتك بلانية قولان لمالك، كنكاح الهازل. و اختلفوا في الامساك و النكاح و التزوج. و في الذخيرة(٣) لو قال راجعتك بمهر الف درهم و قبلت صحت، و الا فلا، لانها زيادة في المهر، و يشترط قبولها. و في المرغيناني و الحاوي راجعتك على الف. قال ابوبكر لايجب الالف و لايصير زيادة في المهر، كما في الاقالة (قال) اي القدوري رحمه الله تعالى (او يطأها) اي او يطأ التي طلقها (او يقبلها او يلمسها بشهوة او ينظر الى فرجها بشهوة) و في المبسوط(٤) و الذخيرة و التقبيل بشهوة و النظر الى داخل فرجها بشهوة رجعة، و لم يقيد الشهوة في التقبيل في الكتاب. و في البدائع(٥) و هو قول محمد المرجوع اليه. و اما النظر الى موضع الجماع من دبرها فليس برجعة، و اختلفوا في

---

(١) و لا خلاف بين – ن – و لا خلاف فيه بين. (٢) الذخيرة و كذا في الشروح الثلاثة. (٣) الذخيرة الخ كذا في فتح القدير ص١٥ ج٤. (٤) و في المبسوط للسرخسي ص٢١ ج٦ و كذالك لو قبلها بشهوة او لمسها بشهوة او نظر الى فرجها بشهوة الخ و في فتح القدير ص١٥ ج٤ قوله او يقبلها او يلمسها بشهوة يحتمل كون الشهوة قيدا في اللمس لا فيهما لانه افرد النظر الى الفرج بقيد الشهوة فلو كان من غرضه التشريك في القيد لاقتصر على ذكره بعد الكل و في المبسوط و الذخيرة التقبيل بشهوة و النظر الى داخل فرجها بشهوة رجعة و لم يقيد التقبيل في الكتاب و اما النظر الى دبرها فليس برجعة على قياس قول ابي حنيفة و في البدائع و هو قول محمد المرجوع اليه و في بعض المواضع يكره التقبيل و اللمس بغير شهوة فدل انهما لايكونان رجعة و في الخلاصة اجمعوا على انه لو مكنها او قبلها بشهوة او لمسها بشهوة تثبت الرجعة فقيد القبلة بالشهوة لكن قولهم في الاستدلال الخ و في البدائع ص١٨٢ ج٣ و لو نظر الى دبرها موضع خروج الغائط بشهوة لم يكن ذالك رجعة كذا ذكر في الزيادات و هو قول محمد الاخير و كان يقول اولا انه يكون رجعة ثم رجع حكى ابن رستم رجوعه و هو قياس قول ابي حنيفة لان ذالك السبيل لايجري مجرى الفرج الخ. (٥) و في البدائع و هو قول محمد المرجوع اليه الخ لعل في العبارة ههنا سقطة كما يتضح من مطالعة عبارة البدائع ص١٨٢ ج٣ التي ذكرناها الآن.

و هذا عندنا. و قال الشافعي رحمه الله تعالى لاتصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه، لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح حتى يحرم وطؤها، و عندنا هو استدامة النكاح على ما بيناه، و سنقرره ان شاء الله تعالى، و الفعل قد يقع دلالة على الاستدامة كما في اسقاط الخيار

الدبر قيل ليس برجعة اليه اشار القدوري و الفتوى على انه رجعة (و هذا عندنا) اي كون الرجعة بالوطء او بالمس بالشهوة او بالنظر الى فرجها بالشهوة عند اصحابنا الحنفية، و هو قول سعيد بن المسيب(١) والحسن البصري و محمد بن سيرين و طاووس و عطاء بن ابي رباح و الاوزاعي و الثوري و ابن ابي ليلى و جابر و الشعبي و سليمان التيمي، و قال مالك و اسحاق رحمهم الله تعالى ان اردا به الرجعة فهو رجعة. (و قال الشافعي رحمه الله تعالى لاتصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه) اي على القول بان لم يكن اخرس او معتقل اللسان، اما اذا كان كذلك فيصح بالاشارة، و به قال ابوثور و الظاهرية، و قول احمد مضطرب(٢) و في الحلية هو رجعة كقولنا (لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح عنده) اي عند الشافعي (حتى يحرم وطؤها) اي عنده (و عندنا هي) اي الرجعة. و في بعض النسخ هو على تاويل الرجوع، و تذكير المؤنث على التاويل سائغ، كما في قوله، و لا ارض اثقل اثقالها، اي و لا مكان (استدامة النكاح على ما بيناه) اي قوله الا ترى انه سمي امساكا (و سنقرره ان شاء الله تعالى) اي في آخر هذا الباب عند قوله - و الطلاق الرجعي لايحرم الوطء - (و الفعل) نحو اللمس (قد يقع دلالة على الاستدامة كما في اسقاط الخيار) فان باع جارية على انه بالخيار ثلاثة ايام، ثم وطئها في مدة الخيار يكون وطؤها دليلا على استدامة الملك، فيسقط الخيار، فكذلك في الطلاق الرجعي يدل الوطئ على استدامة النكاح، بل اولى(٣) لان هناك تحتاج الى فسخ السبب المزيل و هو البيع، و هنا لاتحتاج الى

---

(١) و هو قول سعيد الخ راجع اعلاء السنن كتاب الرجعة ص٢١١ ج١١ و عمدة القاري باب و بعولتهن احق بردهن الخ ص٣١٣ ج٢٠ و فتح الباري الباب المذكور ص٤٠٦ ج٩ و المغنى ص٤٨٢ ج٨ و تكملة شرح المهذب ص٢٦٧ ج١٧ و فتح القدير ص١٧ ج٤ عن ابن المنذر. (٢) قول احمد مضطرب و في المغنى ص٤٨٢ ج٨ و ظاهر كلام الخرقي ان الرجعة لاتحصل الا بالقول و هذا احدى الروايتين عن احمد رحمه الله تعالى و الرواية الثانية تحصل الرجعة بالوطئ سواء نوى به الرجعة او لم ينو اختارها ابن حامد و القاضي فاما ان قبلها او لمسها بشهوة او كشف فرجها و نظر اليه فالمنصوص عن احمد انه ليس برجعة و قال ابن حامد فيه وجهان احدهما هو رجعة و الثاني انه ليس برجعة انتهى ملخصا. (٣) بل اولى الخ و في العناية بل هنا اولي لانه في البيع يحتاج الى =>

و الدلالة فعل يختص بالنكاح، و هذه الافاعيل تختص به، خصوصا في حق الحرة، بخلاف المس و النظر بغير شهوة، لانه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة و الطبيب و غيرهما و النظر الى غير الفرج قد يقع بين المساكنين و الزوج يساكنها في العدة، فلو كان رجعة لطلقها فتطول العدة عليها قال و يستحب ان يشهد على

فسخ السبب المزيل، و هو الطلاق، لانه لا يقبل الفسخ (و الدلالة فعل يختص بالنكاح) اي الدلالة يتحقق بفعل مخصوص بالنكاح لا بكل فعل (و هذه الافاعيل) اي النظر الى الفرج الداخل بشهوة و المس بشهوة و التقبيل بشهوة (تختص به) اي بالنكاح فيقع دلالة (خصوصا في حق الحرة) قيد بالحرة احترازاً عن الامة، لان الحرة لاتحل هذه الافاعيل فيها بلاثبوت نكاح، فكانت مختصة بالنكاح، فدلت على استدامة ملك النكاح، بخلاف الامة، فان هذه الافاعيل تحل فيها بملك المتعة، و ملك اليمين ايضا (بخلاف النظر و المس بغير شهوة، لانه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة و الطبيب و غيرهما) مثل الخاتنة و الشاهد في الزنا اذا احتاج الى تحمل الشهادة (و النظر في غير الفرج قد يقع بين المساكنين و الزوج يساكنها في العدة، فلو كان) اي لو كانت هذه الافاعيل من غير شهوة (رجعة لطلقها) لانه لايزيد الرجعة لتخلف الواقع (فتطول العدة عليها) و فيه ضرر بالمرأة، فلايجوز لقوله تعالى فامسكوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف و لاتمسكوهن ضراراً لتعتدوا(١) فان قلت قد ذكر هنا تقبيل الرجل و مسه اياها بشهوة و نظره الى فرجها بشهوة، فان قبلته المرأة بشهوة او لمسته او نظرت الى فرجه بشهوة كيف يكون حكمه. قلت قال شمس الائمة في المبسوط(٢) تثبت الرجعة عندهما، و لاتثبت عند ابي يوسف، لان هذا الفعل من الزوج دليل استبقاء الملك، و ليس لها ولاية استبقاء الملك، و لايكون فعلها به رجعة، و هما يقولان فعلها به كفعله بها، فان الحل مشترك بينهما، و لهذا تثبت المصاهرة بفعلها بهذه الاشياء فكذلك الرجعة (قال) اي القدوري رحمه الله تعالى (و يستحب(٣) ان يشهد على

=> رفع السبب المزيل و هو البيع اما ههنا فلايحتاج الى رفع الطلاق بل يحتاج الى دفع ما لولاه لزال و الدفع اسهل من الرفع و لما كان الثابت بالدليل ان بعض الفعل قد يقع دلالة على الاستدامة احتاج الى ان يعينه فقال و الدلالة اي الدليل فعل يختص بالنكاح الخ. (١) لتعتدوا - آية - ٢٣١ البقرة. (٢) المبسوط ص٢٢ ج٦. (٣) و يستحب ان يشهد الخ و في اعلاء السنن باب استحباب الاشهاد على الرجعة ص٢١٣ ج١١ عن عمران بن حصين رضي الله عنه انه سئل عن الرجل يطلق امرأته ثم يقع بها و لم يشهد على طلاقها و لا على رجعتها فقال طلقت لغير سنة و راجعت لغير سنة اشهد على طلاقها و على رجعتها و لاتعد رواه ابوداود (باب في نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث ص٣٠٤ ج١) و ابن ماجة (باب الرجعة ص١٤٧) و البيهقي و الطبراني قال =>

الرجعة شاهدين فان لم يشهد صحت الرجعة و قال الشافعي رحمه الله تعالى في احد قوليه لايصح

الرجعة شاهدين) صورة الاشهاد ان يقول لاثنين من المسلمين اشهدوا اني قد راجعت امرأتي، و في المبسوط استحباب الاشهاد على الرجعة قول ابن مسعود و عمار رضي الله عنهما (فان لم يشهد صحت الرجعة) و به قال مالك رحمه الله تعالى (و قال الشافعي رحمه الله تعالى في احد قوليه لايصح) اي لاتصح الرجعة بلا اشهاد، و هو قوله القديم، و قوله الجديد ان الاشهاد مستحب فيها كقولنا، ذكره في المبسوط، و في الروضة الاشهاد ليس بشرط على الاظهر. و في المحيط الاشهاد لازم عند الشافعي و لايصح بمهر عنده. و في المبسوط و في احد قولي الشافعي الاشهاد واجب، و عن احمد روايتان في الاشهاد، و ذكرهما في المغنى(١) و لايفتقر الى ولي و لا مهر و لا رضاها، و هو اجماع و قال ابن حزم الاشهاد عند الرجعة شرط، و اذا رجع و لم يشهد او اشهد و

=> الحافظ في بلوغ المرام و سنده صحيح كذا في نيل الاوطار ص١٨٠ ج٦ و في حاشية الاعلاء و اخذ الاستحباب من قول عمران رضي الله تعالى عنه طلقت بغير سنة الخ فلم يجب و هذا القول مجمل يحتمل ان تكون سنة مؤكدة و ان تكون مستحبة و الادنى متيقن فاخذ به و في النيل ص١٠٨ ج٦ و من الادلة على عدم الوجوب انه قد وقع الاجماع على عدم وجوب الاشهاد في الطلاق كما حكاه الموزعي في تيسير البيان و الرجعة قرينه فلايجب فيها كما لايجب فيه الخ و في المبسوط للسرخسي ص١٩ ج٦ و الاشهاد على الرجعة مستحب عندنا و في احد قولي الشافعي رحمه الله تعالى شرط لاتصح الرجعة الا به و هو قول مالك رحمه الله تعالى و هذا عجيب من مذهبه فانه لايجعل الاشهاد على النكاح شرطا و يجعل الاشهاد عى الرجعة شرطا لظاهر قوله تعالى و اشهدوا ذوى عدل منكم و الامر للوجوب و مذهبنا مروى عن ابن مسعود و عمار بن ياسر رضي الله تعالى عنهما والمراد بالآية الاستحباب الا ترى انه جمع بين الرجعة و الفرقة و امر بالاشهاد عليهما ثم الاشهاد على الفرقة مستحب لا واجب فكذالك على الرجعة و هو نظير قوله تعالى و اشهدوا اذا تبايعتم ثم البيع صحيح من غير اشهاد الخ و في الجوهر النقي على البيهقي ص٣٧٣ ج٧ عن عمران بن حصين رضي الله تعالى عنه انه سئل عن رجل طلق و لم يشهد و راجع و لم يشهد فقال طلق في غير عدة و راجع في غير سنة الخ قلت ظاهره ان الاشهاد ليس بواجب لانه جعله مراجعا و ان ترك السنة قال الطحاوي و لانعلم له مخالفا من الصحابة رضي الله تعالى عنهم الخ و في فتح القدير ص١٧ ج٤ و هو قول مالك المذكور في كتبهم انها تصح بلا اشهاد و انه مندوب اليه و كذا في شرح الطحاوي كقولنا فكان ما ذكره المصنف رواية عنه و كذا المنسوب الى الشافعي رحمه الله قول له غير معمول به عند اصحابه فانه قال في البسيط و في الجديد للشافعي الاشهاد مستحب و في الروضة لهم ليس بشرط على الاظهر انتهى. (١) المغنى ص٤٨٢ ج٨.

و هو قول مالك رحمه الله تعالى، لقوله تعالى و اشهدوا ذوي عدل منكم(١) و الامر للايجاب و لنا اطلاق النصوص عن قيد الاشهاد، و لانه استدامة للنكاح و الشهادة ليست بشرط فيه في حالة البقاء، كما في الفيء في الايلاء، الا انها تستحب لزيادة الاحتياط كيلا يجري التناكر فيها، و ما تلاه محمول عليه، الا ترى انه قرنها بالمفارقة

لم يعلمها حتى انقضت عدتها بانت منه، و في الاشراف لم يختلف اهل العلم ان الاشهاد فيه سنة، و ان الرجعة الى الرجل ما دامت في عدتها و ان كرهت، و ذلك بغير مهر و لا عوض (و هو قول مالك) اي قول الشافعي هو قول مالك، و قد ذكرنا ان قول مالك كقولنا (لقوله تعالى و اشهدوا ذوى عدل منكم و الامر للايجاب) في الحقيقة الاستدلال بهذه الآية للظاهرية و من تابعهم لان مذهب الشافعي في الاظهر و احمد و مالك كقولنا الا في رواية عن احمد كقولهم (و لنا ان اطلاق النصوص عن قيد الاشهاد) المنصوص في قوله تعالى و بعولتهن احق بردهن(٢) و قوله تعالى فامساك بمعروف(٣) و قوله عليه الصلوة و السلام(٤) مر ابنك فليراجعها، قاله عليه الصلوة و السلام لعمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه حين طلق ابنه عبدالله امراته و كل هذا عارية عن قيد الاشهاد، و في الكافي و في اشتراط الاشهاد زيادة(٥) على النص المطلق، و هي نسخ فلايجوز (و لانه) اي و لان الرجعة ذكر الضمير باعتبار الرجوع (استدامة للنكاح) اي طلب الدوام للنكاح (و الشهادة ليست بشرط فيه) اي في النكاح (في حالة البقاء) اي بقاء النكاح (كما في الفيء في الايلاء) حيث يصح بلا اشهاد (الا انها) اي الا ان الشهادة (تستحب لزيادة الاحتياط كيلا يجري التناكر فيها) اي في الرجعة (و ما تلاه) الشافعي رحمه الله تعالى و هو قوله تعالى و اشهدوا ذوى عدل منكم (محمول عليه) اي على الاستحباب (الا ترى) توضيح لما قبله (انه) اي ان الله تعالى (قرنها) اي قرن الرجعة (بالمفارقة) حيث قال الله تعالى او فارقوهن بمعروف و اشهدوا و اعترض(٦) بان القران في التكلم لايوجب القران في الحكم، كما في قوله تعالى اقيموا الصلاة و آتوا الزكاة(٧) و اجيب بان ذالك فيما اذا حكم على احدى الجملتين

---

(١) و اشهدوا ذوى عدل منكم – ٢ – الطلاق. (٢) و بعولتهن – ٢٢٨ – البقرة. (٣) فامساك بمعروف ٢٢٩ البقرة. (٤) قوله عليه الصلوة و السلام مر ابنك الحديث و قد سبق تخريجه قريبا في الحاشية. (٥) زيادة على النص الخ و في الكفاية ص١٧ج٤ فاشتراطه فيهازيادة على النص و هي نسخ فلايجوز الا بدليل يصلح له و ما تلا لايصلح له لان المراد به الندب بدلالة الاجماع فانه جمع بينها و بين المفارقة و امر بالاشهاد عليهما ثم الاشهاد في حق المفارقة مندوب فكذا في الرجعة لاستحالة ان يكون اللفظ الواحد في حالة واحدة شاملا لمعنيين مختلفين انتهى و في الفتح ابسط منه. (٦) و اعترض الخ كذا في العناية. (٧) و آتوا الزكوة – ٤٣ – البقرة.

و هو فيها مستحب، و يستحب ان يعلمها كيلا تقع في المعصية، و اذا انقضت العدة فقال كنت راجعتها في العدة فصدقته فهي رجعة، و ان كذبته فالقول قولها لانه اخبر عما لايملك انشاءه في الحال فكان متهما الا ان بالتصديق ترتفع التهمة و لايمين عليها عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و هي مسالة الاستحلاف في الاشياء الستة و قد مر في كتاب النكاح.

المتقارنتين بحكم الجملة الاخرى، و ما نحن فيه ليس كذلك بل فيه كل جملة من الجملتين مستقلة بحكمها و انما تعقبهما جملة أخرى تعلقت بهما و احداهما تقتضى تعلقها بها من حيث الاستحباب، فكذلك الاخرى لئلا يلزم استعمال اللفظ الواحد في معنيين مختلفين (و هو فيها مستحب) اي الاشهاد في المفارقة مستحب فكذا في الرجعة (و يستحب ان يعلمها) اي يعلم المرأة بالرجعة (كيلا تقع في المعصية) و ذالك ان المرأة اذا لم تعلم بالرجعة ربما تتزوج بناء على زعمها ان زوجها لم يراجعها، و قد انقضت عدتها و يطأها الزوج، فكانت عاصية و زوجها يكون مسيئا بترك الاعلام، و لكن مع هذا لو لم يعلمها صحت الرجعة، لانها استدامة القائم، و ليست بانشاء، فكان الزوج متصرفاً في خالص حقه، و تصرف الانسان في خالص حقه لا يتوقف على علم الغير فان قيل(١) كيف تكون عاصية بغير علم. اجيب بانها اذا تزوجت بغير سوال وقعت في المعصية لان التقصير جاء من جهتها (و اذا انقضت العدة) اي عدة المرأة المطلقة بالطلاق الرجعي (فقال) اي الزوج (كنت راجعتك في العدة فصدقته) اي فصدقت المرأة زوجها في ذالك (فهي رجعة) اي مقالة الزوج بذلك، و تصديق المرأة اياه تكون رجعة لظهورها بتصادقها (و ان كذبته فالقول قولها لانه) اي لان الزوج (اخبر عما لايملك انشاءه في الحال) لان العدة منقضية (فكان متهما) في دعوى الرجعة (الا ان بالتصديق) اي بتصديق المراة اياه (ترتفع التهمة) و هذا كالوكيل اذا قال بعد العزل قد كنت بعت حيث لايقبل قوله، بل يكون القول قول الموكل الا اذا صدقه الموكل بخلاف ما اذا قال في العدة قد كنت راجعتك امس فانكرت المرأة حيث يكون القول قوله، لانه اخبر عما يملك انشاءه في الحال، فاذا لم تثبت الرجعة في الامس يصير كانه راجعها في الحال (و لايمين عليها عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و هي مسألة الاستحلاف في الاشياء الستة و قد مر في كتاب النكاح) لم يبين هذه المسالة في كتاب النكاح، بل قال في مسألة دعوى السكوت على البكر، فلايمين عليها عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى و هي مسألة الاستحلاف في الاشياء الستة، ثم قال و سياتيك في الدعوى، و مثل هذا لايقال مر لانه لم يكن ثمة للرجعة اثر

---

(١) فان قيل كيف الخ كذا في العناية ص١٨ ج٤.

و اذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة(١) عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قال تصح لانها صادفت العدة. اذ هي باقية ظاهراً الى ان تخبر و قد سبقته الرجعة و لهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق و لابي حنيفة رحمه الله تعالى انها صادفت حالة الانقضاء، لانها امينة في الاخبار عن الانقضاء، فاذا اخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء، و اقرب احواله حال قول الزوج.

(و اذا قال الزوج قد راجعتك) في العدة (فقالت مجيبة له) اي للزوج (قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى) هذا اذا قالت متصلا بكلام الزوج حتى لو سكتت ساعة ثم قالت انقضت عدتي تصح الرجعة بالاتفاق، ذكره(٢) في شرح الطحاوي، و بقول ابي حنيفة قال الشافعي و احمد رحمهم الله تعالى (و قالا تصح) الرجعة (لانها صادفت العدة) اي زمان العدة (اذ هي باقية ظاهراً الى ان تخبر) اي المراة عملا باستصحاب الحال و الرجعة في العدة صحيحة (و قد سبقته الرجعة) اي و قد سبقت الرجعة اخبارها بانقضاء العدة فصحت الرجعة و سقطت العدة (و لهذا) اي و لاجل سبق اخبارها (لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق) لسبق اخبارها، و قيل مثله الطلاق على الخلاف، و الاصح انه يقع لاقرار الزوج بالوقوع، كما لو قال بعد انقضاء العدة كنت طلقتها في العدة كان مصدقاً بخلاف الرجعة. و في الروضة لو اتفقا على انقضاء العدة و اختلفا في الرجعة فالصحيح ان القول لها، و عليه الجمهور، و لو اتفقا على الرجعة يوم الجمعة، و قالت انقضت عدتي يوم الخميس، و قال الزوج يوم السبت قيل يصدق بيمينه ام هي ام السابق بالدعوى فيه ثلاثة اوجه الصحيح الاول. و لو كانت العدة باقية فالصحيح ان القول قوله، لانه يملك الانشاء فلاتهمة في الاخبار و قيل القول قولها. (و لابي حنيفة رحمه الله تعالى انها) اي الرجعة (صادفت حالة الانقضاء) اي صادفت زمان انقضاء العدة فلاتصح الرجعة زمان الانقضاء (لانها) اي لان المراة (امينة في الاخبار عن الانقضاء) اي امينة في الاخبار عما في ارحامهن، قال الله تعالى و لايحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن(٣) (فاذا اخبرت دل ذالك على سبق الانقضاء و اقرب احواله) اي اقرب احوال الانقضاء (حال قول الزوج) لان الاخبار يقتضي سبق المخبر عنه، و لا دليل على مقدار معين، فيعتبر حال قول الزوج، بخلاف ما اذا سكتت ساعة، فان اقرب احوال الانقضاء حال

---

(١) لم تصح - ن - لم يصح. (٢) ذكره في شرح الطحاوي و كذلك في الشروح الثلاثة. (٣) في ارحامهن - ٢٢٨ - البقرة.

و مسالة الطلاق على الخلاف، و لو كانت على الاتفاق فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضاء و المراجعة لاتثبت به و اذا قال زوج الامة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها و صدقه المولى و كذبته الامة فالقول قولها عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى. و قالا القول قول المولى لان بضعها مملوك له فقد اقر بما هو خالص حقه للزوج، فشابه الاقرار عليها بالنكاح و هو يقول حكم الرجعة يبتني على العدة و القول في العدة قولها، فكذا فيما يبتني عليها و لو كان على القلب فعندهما القول قول المولى، و كذا عنده في الصحيح، لانها منقضية العدة في الحال، و قد ظهر ملك المتعة للمولى، و لا يقبل(١) قولها في ابطاله، بخلاف الوجه الاول

السكوت (و مسالة الطلاق على الخلاف) هذا منع لاستشهادهما بما لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق، يعني لانسلم أن مسألة الطلاق على الاتفاق ثم اشار الى الجواب بطريق التسليم بقوله (و لو كانت على الاتفاق فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضاء) اي بعد انقضاء العدة ان طلقها في العدة (و المراجعة لاتثبت به) اي بالاقرار بعد الانقضاء فان فيه تهمة، لانه تصرف على حق الغير (و اذا قال زوج الامة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها) في العدة (و صدقه المولى و كذبته الامة، فالقول قولها) اي قول الامة (عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى) و به قال زفر و الشافعي و مالك و احمد و ابوثور رحمهم الله تعالى (و قالا القول قول المولى، لان بضعها مملوك له) اي للمولى (فقد اقر بما هو خالص حقه للزوج) فلا مرد له (فشابه الاقرار عليها بالنكاح) اي شابه اقرار المولى على الامة بالنكاح بان قال زوجت امتي من فلان حيث يكون القول قوله (و هو يقول) اي ابو حنيفة رحمه الله تعالى يقول (حكم الرجعة يبتني على العدة) بقاء و انقضاء (و القول في العدة قولها) دون قول المولى (فكذا فيما يبتني عليها) اي على العدة و لم يذكر الجواب عن الاقرار بالتزويج لظهوره (و لو كان على القلب) اي لو كان الامر او الخلاف على القلب بان صدقته الامة و كذبه المولى (فعندهما) اي عند ابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (القول قول المولى، و كذا عنده) اي و كذلك القول قول المولى عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى (في الصحيح)(٢) من الرواية عنه (لانها منقضية العدة في الحال، و قد ظهر ملك المتعة للمولى) لان منافع بضعها في الحال خالص حق المولى (فلايقبل قولها في ابطاله) اي في ابطال حق المولى (بخلاف الوجه الاول) و هو الوجه الذي فيه صدق المولى الزوج و

---

(١) و لايقبل - ن - فلايقبل - ن - و لاتقبل. (٢) في الصحيح احتراز عما في الينابيع انه على الخلاف ايضا فتح القدير.

لان المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عندها، و لايظهر ملكه مع العدة. و ان قالت قد انقضت عدتي و قال الزوج و المولى لم تنقض عدتك فالقول قولها، لانها امينة في ذالك، اذ هي العالمة به و اذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة ايام انقطعت الرجعة و ان لم تغتسل و ان انقطع لاقل من عشرة ايام لم تنقطع الرجعة حتى تغتسل او يمضي عليها وقت صلاة كامل، لان الحيض لا مزيد له على العشرة فبمجرد الانقطاع خرجت من الحيض فانقطعت العدة و انقطعت الرجعة، و فيما دون العشرة يحتمل عود الدم، فلابد ان يعتضد الانقطاع

كذبته الامة حيث يكون القول فيه قولها (لان المولى بالتصديق في الرجعة) اي بتصديقه الزوج في الرجعة (مقر بقيام العدة عندها) اي عند الرجعة (و لايظهر ملكه) اي ملك المولى (مع العدة) فلايعتبر قوله (و ان قالت) اي الامة (قد انقضت عدتي، و قال الزوج و المولى لم تنقض عدتك، فالقول قولها، لانها امينة في ذلك) اي في قولها قد انقضت عدتي (اذ هي العالمة به) اي لان الامة هي العالمة بالانقضاء، و هو تعليل لكونها امينة فيقبل قولها انقضت عدتي. (و اذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة ايام انقطعت الرجعة و ان لم تغتسل) لان انقضاء الرجعة تعلق بانقضاء العدة، و هو تعلق بالخروج عن الحيضة الثالثة، و هو تعلق بشرط حصول الطهارة، فان كان ايام حيضها عشراً تحصل الطهارة بمجرد الانقطاع، لان الحيض لايحتمل الزيادة على العشرة، فلما حصلت الزيادة انقطعت الرجعة، و ان لم تغتسل. و قال ابوبكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي في باب العدة، و قد روي عن عمر و علي و عبدالله و آخرين من الصحابة رضي الله عنهم اعتبار الغسل من الحيضة الثالثة (و ان انقطع) اي الحيض (لاقل من عشرة ايام لم تنقطع الرجعة حتى تغتسل او يمضى عليها وقت صلاة كامل) بالرفع، لانه صفة الوقت، و في الينابيع او يمضي عليها وقت اقرب الصلاة مع القدرة على الاغتسال (لان الحيض لامزيد له على العشرة) هذا تعليل لانقطاع الدم من الحيضة لعشرة ايام، اي لان الحيض لايزيد على عشرة ايام، لان ما زاد على العشرة استحاضة، الا اذا كان لها عادة تزيد على ايام عادتها، فيجوز ان تنقضي عدتها على العشرة اذا لم ينقطع على العشرة (فبمجرد الانقطاع) اي بمجرد انقطاع الحيض لعشرة ايام (خرجت من الحيض فانقطعت العدة و انقطعت الرجعة) لانها تنقضي بخروجها من الحيضة الثالثة و انقطعت الرجعة لعدم بقاء المحلية (و فيما دون العشرة) اي انقطاع الحيض فيما دون عشرة ايام (يحتمل عود الدم) لانه في مدة الحيض (فلابد ان يعتضد الانقطاع) اي يتقوى

بحقيقة الاغتسال او بلزوم حكم من احكام الطاهرات بمضي وقت الصلاة، بخلاف ما اذا كانت كتابية، لانه لايتوقع في حقها امارة زائدة فاكتفي بالانقطاع، و تنقطع اذا تيممت و صلت عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى و هذا استحسان، و قال محمد رحمه الله تعالى اذا تيممت انقطعت و هذا قياس، لان التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به من الاحكام ما يثبت بالاغتسال فكان بمنزلته. و لهما انه ملوث غير مطهر، و انما اعتبر طهارة ضرورة ان لاتتضاعف الواجبات

(بحقيقة الاغتسال او بلزوم حكم من احكام الطاهرات) و هو وجوب الصلاة (بمضي وقت الصلاة) يعني ان الوقت اذا مضى صارت الصلاة فرضاً في ذمتها، و هو من احكام الطاهرات مع القدرة على الاغتسال، و فيه خلاف زفر(١) رحمه الله تعالى (بخلاف ما اذا كانت) اي المراة (كتابية) نصرانية او يهودية (لانه) اي لان الشان (لايتوقع في حقها) من التوقع عبارة عن انتظار وقوع امر (امارة زائدة) بفتح الهمزة، اي امارة زائدة على انقطاع حقها عند تمام مدة حيضها (فاكتفى بالانقطاع) اي بمجرد الانقطاع، لانها لاتتكلف بالاغتسال و لاتجب عليها الصلاة (و تنقطع الرجعة اذا تيممت و صلت) يعني اذا انقطع دم المعتدة لاقل من عشرة ايام فتيممت وصلت مكتوبة او تطوعاً (عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى و هذا استحسان) اي قولهما استحسان يعني الانقطاع لايكون الا بالتيمم و الصلاة ايضا. (و قال محمد رحمه الله تعالى اذا تيممت انقطعت) اي بمجرد التيمم تنقطع الرجعة عنده، و به قال زفر رحمه الله تعالى (و هذا قياس) اي قول محمد رحمه الله تعالى هو القياس (لان التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة) لانه يقوم مقام الماء عند عدمه (حتى يثبت) بالرفع لان حتى هذه ليست للغاية(٢) (به) اي بالتيمم (من الاحكام) نحو دخول المسجد و قراءة القرآن و مس المصحف و جواز اداء الصلاة (ما يثبت بالاغتسال) اي الذي يثبت به و هو فاعل يثبت الذي بعد حتى (فكان) اي التيمم (بمنزلته) اي بمنزلة الاغتسال (و لهما) اي لابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى (انه) اي التيمم (ملوث غير مطهر) يعني حقيقة لا شرعاً و انما قال ملوث بحسب الغالب، و ان كان يجوز بالحجر الاملس عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و الرمل بالاتفاق و لا غبار ثم و لا تلويث (و انما اعتبر طهارة) اي و انما يعتبر التيمم طهارة شرعا (ضرورة ان لاتتضاعف الواجبات) اي لاجل

---

(١) خلاف زفر رحمه الله تعالى فان عنده لاينقطع حق الرجعة في الصورة المذكورة المبسوط للسرخسي ص٢٣ ج٦. (٢) ليست للغاية بل للتعليل فتح القدير ص٢١ ج٤.

و هذه الضرورة تتحقق حال اداء الصلاة لا فيما قبلها من الاوقات و الاحكام الثابتة ايضا ضرورية اقتضائية، ثم قيل تنقطع بنفس الشروع عندهما، و قيل بعد الفراغ ليتقرر حكم جواز الصلاة، و اذا اغتسلت و نسيت شيئا من بدنها لم يصبه الماء فان كان عضواً فما فوقه لم تنقطع الرجعة، و ان كان اقل من عضو

ضرورة دفع تضاعف الواجبات لانه لو لم يعتبر حتى يجد الماء لكان يمضي اوقات صلاة متعددة فيحصل الضرر (و هذه الضرورة) اي الضرورة المذكورة (تتحقق حال اداء الصلاة لا فيما قبلها من الاوقات) اي لايتحقق فيما قبل حال اداء الصلاة فلايكون قبلها طهارة يتعلق بها انقطاع الرجعة (و الاحكام الثابتة ايضا ضرورية اقتضائية) هذا جواب عن حرف محمد، يعني الاحكام التي ذكرها محمد ايضا ضرورية تثبت اقتضاء، لان الضرورية اذا تثبت ثبتت بجميع لوازمها، و من لوازم ثبوت الصلاة عند ادائها انقطاع الحيض، و من لوازم انقطاعه مضي العدة، و من لوازم مضيها انقطاع الرجعة و لازم اللازم لازم فيثبت عند ثبوته. و اما الجواب عن جعل ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى التيمم هنا طهارة ضرورية. و في باب الامامة طهارة مطلقة، و جعل محمد رحمه الله تعالى بالعكس فقد مضى هناك(١) مستوفى (ثم قيل تنقطع) اي الرجعة (بنفس الشروع) في الصلاة (عندهما) اي عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى (و قيل بعد الفراغ) اي من الصلاة (ليتقرر حكم جواز الصلاة) و هو الصحيح، لان الحال بعد الشروع فيها كالحال قبله الا ترى انه لو رأى الماء في الصلاة لايبقى لتيممه اثر بخلاف ما بعد الصلاة، كذا في المبسوط(٢) (و اذا اغتسلت) اي اذا اغتسلت المعتدة من الحيضة الثالثة (و نسيت شيئا من بدنها لم يصبه الماء، فان كان عضوا) اي فان كان الذي لم يصبه الماء عضواً (فما فوقه) اي فما فوق العضو (لم تنقطع الرجعة) استحسانا (و ان كان اقل من عضو) قال في

---

(١) هناك راجع البناية باب الامامة ص٤١٧ ج٢ و قد حقق ابن الهمام رحمه الله تعالى في هذا المقام مسئلة كون التيمم طهارة مطلقة او ضرورية فقال هذا البحث له ثلاثة موارد في الفقه اولها باب التيمم في البحث مع الشافعي رحمه الله تعالى في جواز الفرائض المتعددة بتيمم واحد عندنا خلافا له و هو مبني على ان التيمم طهارة مطلقة او لا فقال انها ضرورية و اتفق ائمتنا على انها مطلقة تعمل عمل الماء ما ابقى شرطه و هو عدم وجدان الماء و ثانيها باب الامامة في مسئلة اقتداء المتوضئ بالمتيمم فافترقوا فيها فقال محمد هي ضرورية فلايجوز اقتداء المتوضئ به و قالا مطلقة فيجوز و ثالثها ههنا فافترقوا ايضا الا انهم عكسوا كلمتهم (اي عند الشيخين ضرورية و عند محمد مطلقة فاشار الى التناقض المتبادر في كلام الائمة الحنفية و اجاب عنه بكلام طويل ان شئت فارجع اليه). (٢) المبسوط للسرخسي رحمه الله تعالى ص٣٠ ج٦.

انقطعت. قال رحمه الله تعالى و هذا استحسان و القياس في العضو الكامل ان لاتبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر و القياس فيما دون العضو ان تبقى، لان حكم الجنابة و الحيض لايتجزأ. و وجه الاستحسان و هو الفرق أن ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف

المحيط نحو الاصبع، و كذا بعض الساعد و بعض العضو دون العضو الكامل نحو اليد و الرجل (انقطعت) اي الرجعة (قال رحمه الله تعالى و هذا استحسان) اي قال المصنف هذا المذكور استحسان. اعلم(١) ان محمدا رحمه الله تعالى لم يذكر في كتبه موضع القياس هل هو العضو فما فوقه او ما هو دونه. و روى انه عن ابي يوسف رحمه الله تعالى في العضو فما فوقه فان القياس ان تنقطع الرجعة، و في الاستحسان ان لاتنقطع، و عند محمد فيما دونه، فان القياس ان تبقى الرجعة. و في الاستحسان ان تنقطع، فعلم ان على كل منهما قياس و استحسان فانظر الآن في عبارة المصنف كيف يفهم منها كل ذلك، و هذا يدل على قوة حذقه و غاية ادراكه رحمه الله تعالى (و القياس في العضو الكامل ان لاتبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر) اي اكثر البدن و للاكثر حكم الكل فكانها غسلت جميع البدن (و القياس فيما دون العضو ان تبقى) اي الرجعة (لان حكم الجنابة و الحيض لايتجزأ) بان يكون البعض بحكم الجواز و البعض بعدمه (و وجه الاستحسان و هو الفرق) بين العضو الكامل و ما دونه (ان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف

---

(١) اعلم ان محمدا الخ و في العناية ص٢٤ ج٤ اعلم ان محمدا رحمه الله تعالى لم يذكر في كتبه موضع القياس هل هو عضو فما فوقه أو هو ما دونه و روى عن ابي يوسف رحمه الله تعالى في العضو فما فوقه فان القياس ان تنقطع الرجعة لانها غسلت اكثر البدن و للاكثر حكم الكل فكانها اصاب الماء جميع البدن و في الاستحسان لاتنقطع لان العدة باقية لعدم الطهارة و عند محمد رحمه الله فيما دونه فالقياس ان تبقى الرجعة لبقاء الحدث و الاستحسان ان تنقطع لان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلايتيقن بعدم وصول الماء اليه و المصنف اشار الى ذالك بقوله والقياس في العضو الكامل ان لاتبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر و هو اشارة الى قول ابي يوسف و بقوله و القياس فيما دون العضو ان لاتبقى لان حكم الجنابة و الحيض لايتجزأ و هو اشارة الى قول محمد و ذكر وجه الاستحسان و بين وجه الفرق بين العضو الكامل و مادونه بقوله ان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلايتيقن بعدم وصول الماء اليه فقلنا بانقطاعها حتى لو تيقنت بعدم وصول الماء اليه بان منعت قصدا لم تنقطع الرجعة و هذا اشارة الى استحسان محمد و قال بخلاف العضو الكامل لانه لايتسارع اليه الجفاف فلما لم يكن مبلولا علم انه لم يصبه الماء لعدم الغفلة عنه عادة فلاتنقطع الرجعة و هذا اشارة الى استحسان ابي يوسف فانظر حذق المصنف في هذا الادراج اللطيف قلما وقع مثله لغيره جزاه الله عن المحصلين خيرا. انتهى.

لقلته فلايتيقن بعدم وصول الماء اليه، فقلنا انه(١) تنقطع الرجعة و لايحل لها التزوج اخذاً بالاحتياط فيهما، بخلاف العضو الكامل، لانه لايتسارع اليه الجفوف(٢) و لا يغفل عنه عادة فافترقا و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى ان ترك المضمضة و الاستنشاق كترك عضو كامل و عنه و هو قول محمد رحمه الله تعالى بمنزلة ما دون العضو لان في فرضيتهما(٣) اختلافاً بخلاف غيره من الاعضاء، و من طلق امرأته

لقلته فلايتيقن بعدم وصول الماء اليه) و في المحيط(٤) حتى لو تيقنت بعدم وصول الماء اليه بان منعت قصدا لاتنقطع الرجعة (فقلنا انه تنقطع الرجعة و لايحل لها التزوج) بزوج آخر (اخذاً بالاحتياط فيهما) اي في انقطاع الرجعة و التزوج (بخلاف العضو الكامل لانه لايتسارع اليه الجفاف و لايغفل عنه عادة، فافترقا) اي العضو الكامل و مادونه (و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى ان ترك المضمضة و الاستنشاق كترك عضو كامل) و الواو في قوله - و الاستنشاق - بمعنى او(٥) كما في قوله تعالى مثني و ثلاث و رباع(٦) بيان ذلك اذا اغتسلت عن الحيضة الثالثة فيما دون العشر لكنها تركت المضمضة او الاستنشاق، فعن ابي يوسف رحمه الله تعالى روايتان في رواية هشام عنه لاتنقطع الرجعة، اشار بقوله كترك عضو كامل، حيث لاتنقطع الرجعة فيه و في رواية اخرى رواها الكرخي تنقطع، اشار اليها بقوله (و عنه) اي و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى (و هو) اي ترك المضمضة و الاستنشاق، و لفظة هو في محل الرفع على الابتداء (و هو قول محمد رحمه الله تعالى) جملة معترضة بينه و بين خبره، و هو قوله (بمنزلة ما دون العضو) اي بمنزلة ترك ما دون العضو، حيث اذا تركه تنقطع الرجعة (لان في فرضيتهما) اي فرضية المضمضة و الاستنشاق في الغسل (اختلافاً) فان عند مالك و الشافعي رحمهما الله تعالى هما سنتان في الغسل، و في الوضوء ايضا، و عندنا(٧) واجبان في الغسل و سنتان في الوضوء، و عند ابن ابي ليلى و عبدالله بن المبارك و احمد و اسحاق فرضان فيهما جميعاً، لكن قال احمد الاستنشاق آكد من المضمضة فاذا كان فيهما اختلاف في فرضيتهما فالاحتياط في انقطاع الرجعة (بخلاف غيره من الاعضاء) فانه لا خلاف لاحد في فرضيته (و من طلق امرأته

---

(١) انه - ن - بانه. (٢) الجفوف - ن - الجفاف. (٣) فرضيتهما - ن - فرضيته. (٤) و في المحيط الخ كذا في الكفاية و العناية و الفتح. (٥) بمعنى او الخ و في العناية و الواو بمعنى او لان الحكم في كل واحد منهما ذالك. (٦) و رباع - ٣ - النساء. (٧) و عندنا واجبان الخ راجع له البناية ص. ١٠ و ص١٧٣ ج١.

و هي حامل او ولدت منه و قال لم اجامعها فله الرجعة، لان الحبل متى ظهر في مدة يتصور ان يكون منه جعل منه لقوله عليه الصلوة و السلام الولد للفراش، و ذلك دليل الوطء منه، و كذا اذا ثبت نسب الولد منه جعل واطئاً، و اذا ثبت الوطء تاكد الملك و الطلاق في ملك متاكد يعقب الرجعة و يبطل زعمه

و هي حامل) اي و الحال انها حامل (او ولدت منه) اي و الحال انها ولدت منه في نكاحها قبل الطلاق (و قال لم اجامعها فله الرجعة) و لايعتبر قوله لم اجامعها (لان الحبل متى ظهر في مدة يتصور ان يكون منه جعل منه) لانها اذا كانت حاملاً يوم الطلاق و ظهر ذلك بان ولدت لاقل من ستة اشهر فصار النسب ثابتاً منه (لقوله عليه الصلوة و السلام) اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم (الولد للفراش) روى هذا الحديث(١) عن جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنه اخرجه الائمة الستة(٢) من حديث سعيد بن المسيب عنه قال قال رسول الله صلي الله عليه وسلم الولد للفراش و للعاهر الحجر. و في لفظ البخاري الولد لصاحب الفراش و عن عائشة(٣) رضي الله تعالى عنها اخرجه الستة الا الترمذي من حديث عروة عنها قالت اختصم سعد ين ابي وقاص و عبد بن زمعة في غلام... الحديث الولد للفراش. و عن عبدالله(٤) بن عمرو بن العاص رضي الله تعالى عنهما اخرجه ابوداود من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قام رجل فقال يارسول الله... الحديث، و فيه الولد للفراش و للعاهر الحجر. و عن عثمان(٥) رضي الله تعالى عنه اخرجه ابوداود ايضا فيه طول و فيه الولد للفراش. و عن ابي امامة(٦) رضي الله تعالى عنه اخرجه الترمذي عنه قال سمعت رسول الله صلي الله عليه وسلم يقول ان الله قد اعطى كل ذي حق حقه فلاوصية لوارث الولد للفراش و للعاهر الحجر (و ذلك) اي جعل الحمل منه (دليل الوطء منه، و كذا اذا ثبت نسب الولد منه جعل واطئاً، و اذا ثبت الوطء تاكد الملك، و الطلاق في ملك متاكد يعقب الرجعة و يبطل زعمه) بفتح

---

(١) هذا الحديث الخ راجع للتفصيل نصب الراية ص٢٣٦ ج٣ باب الرجعة. (٢) الائمة الستة البخاري كتاب الفرائض باب الولد للفراش ص٩٩٩ ج٢ و مسلم كتاب الرضاع باب الولد للفراش ص٤٧١ ج١ و الترمذي ابواب الرضاع باب ما جاء ان الولد للفراش ص١٣٨ ج١ و النسائي كتاب الطلاق باب الحاق الولد بالفراش ص١١٠ ج٢ و ابن ماجة باب الولد للفراش و للعاهر الحجر ص١٤٥. (٣) و عن عائشة رضي الله تعالى عنها البخاري ص٩٩٩ ج٢ و مسلم ص٤٧٠ ج١ و النسائي ص١١٠ ج٢ و ابوداود كتاب اللعان باب الولد للفراش ص٣١٧ ج١ و ابن ماجة ص١٤٥. (٤) و عن عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله تعالى عنه ابوداود ص٣١٧ ج١. (٥) و عن عثمان رضي الله تعالى عنه ابوداود ص٣١٧ ج١. (٦) و عن ابي امامة رضي الله تعالى عنه الترمذي =

بتكذيب الشرع الا ترى انه يثبت بهذا الوطء الاحصان، فلان تثبت بها الرجع اولى، و تاويل مسالة الولادة ان تلد قبل الطلاق لانها لو ولدت بعده تنقضي العدة بالولادة فلاتتصور الرجعة، فان خلا بها و اغلق بابا او ارخى سترا و قال لم

الزاي و ضمها لغتان فصيحتان قاله ابن دريد، و اكثر ما يقع الزعم على الباطل (بتكذيب الشرع) اياه و فيه بحث(١) من وجهين، احدهما ان النسب يثبت دلالة و قوله - لم اجامعها - صريح، و الصريح يفوق الدلالة. و الثاني انه اقر بقوله - لو اجامعها - بسقوط حق مستحق له و تكذيب الشرع لا يرده كما لو اقر بعين الانسان ثم اشتراها ثم استحقت في يده ثم وصلت اليه امر بالتسليم الى المقر له و ان صار مكذبا شرعاً اجيب عن الاول الدلالة من الشارع، و الصريح من العبد و دلالة الشرع اقوى لاحتمال الكذب من العبد دون الشارع. و عن الثاني بان لم يتعلق باقراره هاهنا حق الغير و الموجب للرجعة هو الطلاق بعد الدخول ثابت فيترتب عليه الحكم لثبوت المقتضى و انتفاء المانع، بخلاف المستشهد به، فان المانع ثمة موجود و هو تعلق حق الغير ماء به (الا ترى) توضيح لقوله و الطلاق في ملك متاكد يعقب الرجعة (انه) اي ان الشان (يثبت بهذا الوطئ الاحصان، فلان تثبت بها الرجعة اولى) بيان الاولوية ان الاحصان له مدخل في وجوب العقوبة، و مع هذا يثبت بهذا الوطء فلان تثبت به الرجعة التي ليست فيها جهة العقوبة اولى و لانه لايلزم من ثبوت الرجعة ثبوت الاحصان كالامة النصرانية (و تاويل مسالة الولادة ان تلد قبل الطلاق) قال الاترازي هذه المسالة من خواص الجامع الصغير، و لو تبع المصنف لفظ محمد في الجامع الصغير، و جعله كما هو لايحتاج الى التاويل، و صورته في الجامع الصغير روى محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمهم الله تعالى في رجل تزوج امراة ثم طلقها، و هي حامل فقال لها لم اجامعها، قال له عليها الرجعة، و كذلك ان كانت ولدت قبل ذلك. (لانها لو ولدت بعده تنقضي العدة بالولادة فلاتتصور الرجعة) لفوات المحل (فان خلا بها) اي بالمراة (و اغلق بابا و ارخى ستراً) ذكر و ارخي(٢) ستراً، و ذكر في كتاب الطلاق او ارخي بكلمة او، و هو الصحيح، لان احد الامرين من اغلاق الباب و ارخاء الستر كاف في ثبوت الخلوة الصحيحة (و قال لم

=> ابواب الوصايا باب ماجاء لا وصية لوارث ص٣٣ ج٢. (١) و فيه بحث الخ كذا في العناية ص٢٥ ج٤.

(٢) و ارخى سترا و في الفوائد الظهيرية ذكر ههنا اي في الجامع الصغير اغلق باباو ارخى سترا بالواو في كتاب الطلاق قال او ارخى سترا و هو الصحيح كذا في الكفاية ص٢٦ ج٤ و في فتح القدير قوله و اغلق بابا المناسب او اغلق باو كما فعل في ارخى لا بالواو لان كلا منهما تفصيل للخلوة لاستقلاله باثباتها لا مباين لها. انتهى.

اجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة، لان تاكد الملك بالوطء و قد اقر بعدمه فيصدق في حق نفسه، و الرجعة حقه و لم يصر مكذبا شرعاً بخلاف المهر لان تاكد المهر المسمى يبتني على تسليم المبدل لا على القبض، بخلاف الفصل الاول فان راجعها معناه بعد ما خلا بها و قال لم اجامعها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة لانه ثبت(١) النسب منه، اذ هي لم تقر بانقضاء العدة و الولد يبقى في البطن هذه المدة، فانزل واطئاً قبل الطلاق دون ما بعده، لان على اعتبار الثاني يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطء قبله فيحرم الوطء و المسلم لايفعل الحرام،

اجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة، لان تاكد الملك بالوطئ و قد اقر بعدمه فيصدق في نفسه و الرجعة حقه) فيصدق في حقه اذا قال لم اجامعها (و لم يصر مكذباً شرعاً) جواب عما يقال قد صار مكذبا شرعاً و لايجب المهر كاملا الا اذا كان الطلاق بعد الدخول، فاجاب بقوله - و لم يصر مكذباً شرعاً (بخلاف المهر لان تاكد المهر المسمى يبتنى على تسليم المبدل) اي البضع (لا على القبض) اي قبض المبدل و هو الوطء يعني ان تاكد المهر بالخلوة الصحيحة لم يدل على كون الرجل واطئاً حكما، لان المهر يتاكد بتسليم البضع و لايتوقف على الوطء فلم يلزم ثبوت الوطء بثبوت كمال المهر، و ذلك ان المرأة قادرة على تسليم نفسها، و ليست بقادرة على جعل الرجل واطئا، فتاكد المهر بالتسليم دفعا للضرر عنها (بخلاف الفصل الاول) مرتبط بقوله - و لم يصر مكذباً شرعا - و الفصل الاول هو ثبوت النسب فبظهور الحمل حالة الطلاق او بالولادة قبل الطلاق صار مكذباً شرعاً في قوله لم اجامعها حيث جعله الشرع واطئاً حكماً، لان الرجعة تبتني على الدخول، و قد ثبت النسب فتثبت الرجعة، لانه لا نسب بلا ماء، و لا ماء بلادخول فثبتت الرجعة لوجود الدخول (فان راجعها معناه بعد ما خلا بها و قال لم اجامعها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم) اي من يوم الطلاق لا من يوم الرجعة (صحت تلك الرجعة) اي الرجعة السابقة (لانه يثبت النسب منه) فيثبت الدخول لا محالة، و الطلاق بعد الدخول معقب للرجعة (اذ هي) اي لان المراة (لم تقر بانقضاء العدة و الولد يبقى في البطن هذه المدة) و لا يكون ذلك الا بالدخول (فانزل واطئا قبل الطلاق دون مابعده، لان على اعتبار الثاني) و هو كونه واطئا بعد الطلاق، لان المذكور الاول هو كونه واطئا قبل الطلاق (يزول الملك بنفس الطلاق) لا الى عدة (لعدم الوطء قبله) اي قبل الطلاق (فيحرم الوطء) لانه انكره بعد الخلوة (و المسلم لايفعل الحرام)(٢) و

---

(١) ثبت - ن - يثبت. (٢) لايفعل الحرام فان قيل و الظاهر منه انه لايكذب فالجواب لابد من احد =>

فان قال لها اذا ولدت فانت طالق فولدت ثم اتت بولد آخر فهي رجعة معناه من بطن آخر، و هو ان يكون بعد ستة اشهر، و ان كان اكثر من سنتين اذا لم تقر بانقضاء العدة، لانه وقع الطلاق عليها بالولد الاول و وجبت العدة، فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه في العدة، لانها لم تقر بانقضاء العدة، فيصير مراجعاً، و ان قال كلما ولدت ولداً فانت طالق فولدت ثلاثة اولاد في بطون مختلفة فالولد الاول طلاق و الولد الثاني رجعة و كذا الثالث، لانها اذا جاءت بالولد الاول وقع الطلاق و صارت معتدة، و بالثاني صار مراجعاً لما بينا انه يجعل العلوق بوطء حادث في العدة و يقع الطلاق الثاني بولادة الولد الثاني، لان اليمين

لايرضاه بغيره فيحمل على الدخول قبل الطلاق حملا لامر المسلم على الصلاح (فان قال لها) اي ان قال رجل لامراته (اذا ولدت فانت طالق فولدت ولداً ثم اتت بولد آخر) لاقل من سنتين بيوم او اكثر (فهي رجعة) اي الولادة الثانية رجعة (معناه من بطن آخر و هو ان يكون بعد ستة اشهر و ان كان اكثر من سنتين ما لم تقر بانقضاء العدة) كلمة ان للوصل، يعني لما كان بين الولدين ستة اشهر لايتفاوت بعد ذالك بين ان تكون الولادة الثانية في اقل من سنتين و بين ان تكون في اكثر من ذالك في ثبوت الرجعة (لانه وقع الطلاق عليها بالولد الاول و وجبت العدة فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه) اي من الزوج حال كونه (في العدة لانها لم تقر بانقضاء العدة فيصير مراجعا) لان العلوق الحادث بعد الطلاق في العدة معقب للرجعة فان قيل(١) ذكر في كتاب الدعوى ان المطلقة طلاقاً رجعياً لو ولدت في اقل من سنتين بيوم لاتكون رجعة، و في الاكثر من سنتين تكون رجعة لاحتمال العلوق قبل الطلاق في الاول دون الثاني. قلنا قد سقط هذا الاحتمال هنا لانهما اذا كانا من بطنين كان الثاني من علوق حادث ضرورة، و لايصار مع الولد الاول من بطن واحد و الاتحاد لا يثبت بالشك. (و ان قال كلما ولدت فانت طالق فولدت ثلاثة اولاد في بطون مختلفة) المراد من البطون المختلفة ان يكون بين الولدين ستة اشهر فصاعداً (فالولد الاول طلاق و الولد الثاني رجعة، و كذا الثالث لانها اذا جاءت بالولد الاول وقع الطلاق و صارت معتدة) لان العدة تعقب الطلاق (و بالثاني) اي و بالولد الثاني (صار مراجعا لما بينا انه يجعل العلوق بوطء حادث في العدة، و يقع الطلاق الثاني بولادة الولد الثاني، لان اليمين

=> الاعتبارين و على الاول يلزم كذبه و على الثاني يلزم الزنا و هو اعظم من مثل هذه الكذبة كذا في فتح القدير و نحوه في الكفاية. (١) فان قيل ذكر في كتاب الدعوى الخ كذا في الفتح و الكفاية ص٢٧ ج٤.

معقودة بكلمة كلما و وجبت العدة وبالولد الثالث صار مراجعاً لماذكرنا وتقع الطلقة الثالثة بولادة الثالث و وجبت العدة بالاقراء لانها حائل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق و المطلقة الرجعية تتشوف و تتزين لانها حلال للزوج، اذ النكاح قائم بينهما، ثم الرجعة مستحبة

معقودة بكلمة كلما) و هي تقتضي تكرار الجزاء عند تكرار الشرط (و وجبت العدة، و بالولد الثالث صار مراجعاً لما ذكرنا) اشارة الى قوله - لانه وقع الطلاق عليها بالولد الاول... الى آخره(١) (و تقع الطلقة الثالثة بولادة) الولد (الثالث، و وجبت العدة بالاقراء) اي بالحيض (لانها حائل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق) و ذوات الحيض عدتها بالحيض، و لو ولدت ثلاثة اولاد في بطن واحد(٢) يقع عليها طلقتان لا غير، و تنقضي العدة بوضع الولد الثالث، لان شرط الطلاقين وجد في الملك موقوفاً، بخلاف الطلاق الثالث، فان شرطه وجد في غير الملك لعدم الرجعة، قيل ذلك لانهم ولدوا في بطن واحد فلم يقع لوقوعه في غير الملك و انقضت العدة بالولد الثالث، لانها وضعت جميع ما في بطنها الآن، و لو ولدت ولدين في بطن واحد تطلق بالولد الاول واحدة، و تنقضي العدة بالولد الثاني، و لايقع به الطلاق، لانها حينئذ ليست بمنكوحة و لا معتدة (و المطلقة الرجعية تتشوف) لفظ محمد في الاصل و المعتدة من الطلاق الرجعية تتشوف لزوجها (و تتزين) و قال ابن دريد شفت الشيء(٣) اشوفه شوفاً اذا جلوته، و منه قوله تتشوف المرأة اذا تزينت، و في ديوان الادب رايت النساء يتشوفن، اي ينظرن و يتطاولن، و قيل التشوف التزين، لكنه خاص بالوجه و التزين عام يستعمل في الوجه وغيره قلت اذا كان التشوف و التزين عام بمعنى واحد يكون قوله - و تتزين - عطف تفسيري، و اذا كان التزين عاماً يكون عطف العام على الخاص (لانها) اي لان المرأة (حلال للزوج اذ النكاح قائم بينهما) اي لان النكاح قائم بين الزوجين حتى يجري التوارث بينهما، و كذا جميع احكام النكاح و تدخل(٤) في قوله كل امرأة لي طالق (ثم الرجعة مستحبة) لما جاء في حديث ابن عمر رضي

---

(١) الى آخره فان قيل بعد كل ولد نفاس فالقول بالمراجعة بعده حمل فعلهما على الحرام لان الوطي في النفاس حرام قلنا لايلتفت الى رعاية للنسب لان النسب مما يحتاط في اثباته و النفاس قد يوجد و قد لايوجد و قد يقل و قد يكثر فلاتيقن بارتكاب الحرام.كذا في الكفاية ص٢٧ ج٤. (٢) في بطن واحد الخ راجع الكفاية و الفتح لنحو هذه الفروع. (٣) شفت باب نصر في العناية ص٢٨ ج٤ التشوف خاص في الوجه و التزين عام تفعل من شفت الشيء جلوته و دينار مشوف اي مجلو و هو ان تجلو المرأة وجهها و تصقيل خديها و كذالك في الفتح و التفصيل في اللسان. (٤) و تدخل الخ و في العناية ص٢٨ ج٤ و لهذا لو قال كل امرأة لي طالق تدخل هذه فيه و يقع عليها الطلاق فان قيل لو كان النكاح قائما بينهما لجاز ان يسافر بها كالتي في نكاح و ليس كذالك على ما =>

و التزين حامل عليها، فيكون مشروعاً، و يستحب لزوجها ان لايدخل عليها حتى يؤذنها او يسمعها خفق نعليه، معناه اذا لم تكن(١) من قصده المراجعة لانها ربما تكون مجردة، فيقع بصره على موضع يصير به مراجعاً ثم يطلقها فتطول عليها العدة،

الله تعالى عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمر مر ابنك فليراجعها متفق عليه(٢) و روى ابوداود عن عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم طلق حفصة رضي الله تعالى عنها ثم راجعها و جاء فيه احاديث اخرى تدل كلها على مشروعية الرجعة و استحبابها (و التزين حامل عليها) اي على الرجعة، لان نظره اليها ليس بمحرم، فربما اذا نظر الى زينتها رغب فيها و راجعها (فيكون مشروعاً) اي اذا كان الامر كذلك، فيكون التزين مشروعاً بخلاف المعتدة من طلاق بائن، حيث لاتتشوف له لحرمة النظر اليها و عدم مشروعية الرجعة (و يستحب لزوجها ان لايدخل عليها) اي على التي طلقها رجعية (حتى يوذنها) اي يعلمها بالتنحنح و نحوه (او يسمعها خفق نعليه) اي صوتهما حين يدخل من الباب، و هو من خفق(٣) التراب خفقاً اذا اضطرب و هو لفظ مشترك، يقال خفق النجم يخفق خفوقاً اذا اضاء و طلع، و من خفق النجم والقمر اذا انحطا و غربا، و خفق القلب خفقاناً و خفق الرجل خفقة اذا نعس ثم انتبه (معناه) اي معنى كلام القدوري (اذا لم يكن من قصده المراجعة لانها ربما تكون مجردة فيقع بصره على موضع يصير به مراجعا) و هو الفرج، لانه اذا وقع نظره على فرجها يكون مراجعا (ثم يطلقها) بان لم يكن من قصده ان يراجعها (فتطول عليها العدة) فيحصل عليها الاذى بذلك، لان فيها

=> نذكره اجيب بانه امتنع بالنص و هو قوله تعالى لاتخرجوهن من بيوتهن فانه نزل في الطلاق الرجعي بدليل قوله تعالى لعل الله يحدث بعد ذالك امرا اي لعله يبدو له فيراجعها و المسافرة بها اخراج من البيت فيكون منهيا عنها فان قيل لم لايكون نفس المسافرة دليلا على الرجعة اجيب بان الاخراج منهى عنه و الرجعة مندوب اليها و هما متنافيان انتهى و نحوه في الفتح و الكفاية. (١) لم تكن - ن - لم يكن. (٢) متفق عليه و قد مضى تخريج هذه الاحاديث في حاشية البناية في اوائل كتاب الرجعة. (٣) خفق (باب ضرب و نصر) الفواد و البرق و السيف و الراية و الريح و نحوها خفقا (بفتح الخاء و سكون الفاء) و خفوقا (بضم الخاء) و خفقانا (بفتح الخاء و الفاء) و اخفق و اختفق كله اضطرب و كذالك القلب و السراب اذا اضطربا. الخفقان اضطراب القلب و خفق الشيء غاب و خفق النجم و اخفق غاب و قيل هو اذا تلألأ و اضاء و خفق النجم و القمر انحط في المغرب و في الحديث كانوا ينتظرون العشاء حتى تخفق رؤوسهم اي ينامون حتى تسقط آذانهم على صدورهم و هم قعود و قيل هو من الخفوق الاضطراب و يقال خفق فلان خفقة اذا نام نومة خفيفة و خفق الرجل اي حرك راسه و هو ناعس انتهى ما في اللسان ملخصا.

و ليس له ان يسافر بها حتى يشهد علي رجعتها ، و قال زفر رحمه الله تعالى له ذالك لقيام النكاح، و لهذا له ان يغشاها عندنا. و لنا قوله تعالى و لاتخرجوهن من بيوتهن. . . الآية(١) و لان تراخي عمل المبطل لحاجته الى المراجعة، فاذا لم يراجعها حتى انقضت المدة ظهر انه لا حاجة(٢) فتبين ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده، و لهذا تحتسب الاقراء من العدة فلم يملك الزوج الاخراج

استئناف العدة. و قال محمد رحمه الله تعالى في المبسوط اكره ان يراها متجردة اذا كان لايريد رجعتها و ان رآها لم يكن عليه شيء، لان ما فوق الرؤية و هو الوطء حلال، فالرؤية اولى (و ليس له ان يسافر بها) اي بالمطلقة الرجعية (حتى يشهد على رجعتها و قال زفر رحمه الله تعالى له ذلك) اي للزوج ان يسافر بها (لقيام النكاح) ما لم تنقض العدة (و لهذا) اي و لاجل قيام النكاح (له ان يغشاها عندنا) اي له ان يجامعها (و لنا قوله تعالى لاتخرجوهن من بيوتهن الآية) وجه الاستدلال ان الآية نزلت في الطلاق الرجعي بالنقل عن ائمة التفسير، اي لاتخرجوهن حتي تنقضي عدتهن من بيوتهن من مساكنهن التي يسكنها قبل العدة، و هي بيوت الازواج، و اضيفت اليهن لاختصاصها بها من حيث السكنى، فدلت ان اخراجهن للازواج لايحل، و كذا خروجهن بانفسهن قبل انقضاء العدة فاحشة في نفسها (و لان تراخي عمل المبطل) هذا دليل معقول على عدم جواز المسافرة بها قبل الرجعة، بيانه ان تراخي عمل المبطل الذي هو الطلاق (لحاجته) اي لحاجة الزوج (الى المراجعة) اذ الطلاق يعني ان الطلاق معطل لملك النكاح، فكان ينبغي ان يبطل النكاح زمان وجود الطلاق لان حكمه تأخر الى وجود الشرط و هو انقضاء العدة لحاجة الزوج الى الرجعة (فاذا لم يراجعها حتى انقضت العدة ظهر انه لا حاجة له) الى الرجعة (فتبين ان المبطل للنكاح عمل عمله من وقت وجوده) اي وجود المبطل، فمنع لذلك كالبيع الذي فيه الخيار، و تاخر عمل البيع في اللزوم ثم بالاجازة يعمل من وقت البيع، و لهذا يملك الزوائد الحاصلة في مدة الخيار (و لهذا) اي و لاجل ان عمل المبطل من وقت وجود المبطل (تحتسب الاقراء من العدة) اي الاقراء الماضية قبل انقضاء العدة تحتسب من العدة، فلو كان عمل المبطل مقتصرا على انقضاء العدة لما احتسب الاقراء الماضية من العدة، كما لاتحتسب في قوله اذا حضت فانت طالق، فان تلك الحيضة غير محتسبة من العدة، لانه شرط وقوع الطلاق، فاذا كان كذلك (فلم يملك الزوج الاخراج) اي اخراجها الى السفر، لانه عمل المبطل لما لم يكن مقتصراً على

---

(١) الآية - ١ - الطلاق. (٢) لا حاجة - ن - لا حاجة له.

الا ان يشهد على رجعتها فتبطل العدة و يتقرر ملك الزوج و قوله حتى يشهد على رجعتها معناه الاستحباب على ما قدمناه، و الطلاق الرجعي لايحرم الوطء، و قال الشافعي رحمه الله تعالى يحرمه لان الزوجية زائلة لوجود القاطع و هو الطلاق. و لنا انها قائمة حتى يملك مراجعتها من غير رضاها، لان حق المراجعة ثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم،

الانقضاء كانت المراة كالمبتوتة، فلايملك اخراجها كالمبتوتة تحقيقاً (الا ان يشهد) الزوج (على رجعتها فتبطل العدة و يتقرر ملك الزوج) فلم يكره السفر فان قيل السفر بها دلالة الرجعة فتثبت الرجعة اشهد او لم يشهد اجيب بان كلامنا في رجل ينادي صريحا بانه لايراجعها و لا عبرة للدلالة مع وجود الصريح، ثم كما لايباح اخراجهن(١) و خروجهن الى السفر لايباح ايضا الى ما دون السفر لاطلاق النص المحرم (و قوله) اي قول محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (حتى يشهد على رجعتها معناه الاستحباب) يعني لايريد به ان الاشهاد على الرجعة واجب، بل الاشهاد مستحب عندنا (على ما قدمناه) يعني في اوائل الباب عند قوله و يستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين، و ان لم يشهد صحت الرجعة (و الطلاق الرجعي لايحرم الوطء. و قال الشافعي رحمه الله تعالى يحرمه) و به قال احمد رحمه الله تعالى في رواية، (لان الزوجية زائلة لوجود القاطع و هو الطلاق) قال ابونصر قال الشافعي رحمه الله تعالى فان وطئها قبل الرجعة فعليه المهر (و لنا انها) اي الزوجية (قائمة حتى يملك مراجعتها من غير رضاها، لان حق الرجعة ثبت نظراً للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم) و اليه اشار الله تعالى بقوله لاتدري

---

(١) لايباح اخراجهن الخ و في البحر الرائق ص٦٠ ج٤ قوله و لايسافر بها يعني يحرم عليه السفر بها لقوله تعالى و لاتخرجوهن من بيوتهن و لحرمته لم يكن رجعة لان الرجعة مندوبة و المسافرة بها حرام و مراده اذا كان يصرح بعدم رجعتها اما اذا سكت كانت رجعة دلالة كما اشار اليه في فتح القدير و شرح الجامع الصغير للقاضي و فتاويه و البدائع و غاية البيان معللين بان السفر دلالة الرجعة فانتفى به ما ذكره الشارح من ان السفر ليس دلالة الرجعة و اورد ان التقبيل بشهوة يكون رجعة و ان نادى على نفسه بعدم الرجعة و جوابه الفرق بالحل و الحرمة كما نقلنا كذا في فتح القدير ص٢٩ ج٤ و اجاب الشمنى بان التقبيل رجعة حقيقة لا دلالة بخلاف السفر فانه رجعة دلالة لانه يستلزم شيئا تثبت به الرجعة قيد بالسفر اي بانشائه لانه لو طلقها في السفر لها ان تمشى معه ذكره الاسبيجابي و مراده من المسافرة بها اخراجها من بيتها لا السفر الشرعي المقدر بثلاثة ايام لانه يحرم اخراجها الى ما دونه ايضا للنهي المطلق لكن لايكون رجعة دلالة انتهى.

و هذا المعنى يوجب استبداده به و ذلك يؤذن بكونه استدامة لا انشاء، اذ الدليل ينافيه، و القاطع اخر عمله الى مدة اجماعاً او نظراً له على ما تقدم.

فصل فيما تحل به المطلقة

و اذا كان الطلاق بائنا دون الثلاث فله ان

لعل الله يحدث بعد ذلك امرا(١) قال الزمخشري رحمه الله تعالى(٢) الامر الذي يحدثه الله تعالى ان يقلب قلبه من بغضها الى محبتها، و من الرغبة عنها الى الرغبة فيها، و من عزيمة الطلاق الى الندم عليه فيراجعها، و المعنى فطلقوهن لعدتهن و احصوا العدة لعلكم ترغبون و تندمون فتراجعون (و هذا المعنى) اي ثبوته نظرا للزوج (يوجب استبداده) اي استقلاله و تفرده (به) اي بحق الرجعة (و ذلك) اي تفرد الزوج بحق الرجعة (يؤذن) اي يعلم (بكونه) اي بكون حق الرجعة (استدامة) النكاح اي طلب دوامه كما كان (لا انشاء) اي ليس بانشاء لنكاح جديد (اذ الدليل ينافيه) اي لأن الدليل الدال على استبداده ينافي الانشاء اذ لو كان الرجعة انشاء لم ينفرد الزوج بالرجعة بلا رضي المرأة او رضي وليها. (و القاطع(٣) اخر عمله الى مدة) جواب عن قول الشافعي رحمه الله تعالى ان الزوجية زائلة لوجود القاطع، تقريره ان وجود القاطع لاينافي قيام الزوجية بان اخر عمله الى انقضاء العدة (اجماعا) بدليل ان الرجعة بالقول تصح بلا رضى المرأة عند الشافعي رحمه الله تعالى ايضا (او نظراً له) اي او ان القاطع اخر عمله الى انقطاع العدة (على ما تقدم)(٤) بيانه و هو قوله ثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم.

(فصل فيما تحل به المطلقة)

هذا فصل في بيان ما تحل به المطلقة المرأة. و لما فرغ من بيان ما يتدارك به الطلاق الرجعي، شرع في بيان ما يتدارك به غيره من الطلقات، ففي الحرة فيما دون الثلاث التدارك نكاح جديد. و في الثلاث باصابة الزوج الآخر بعد نكاحه، و كذا التدارك في الامة في الثنتين باصابة الزوج الآخر (و اذا كان الطلاق بائنا دون الثلاث) بان كانت واحدة بائنة او ثنتين (فله) اي للزوج (ان

---

(١) بعد ذلك امرا - ١ - سورة الطلاق. (٢) الزمخشري في الكشاف ص٥٥٥ ج٤. (٣) و القاطع الخ و في الكفاية ص٢٩ ج٤ و القاطع تأخر عمله اجماعا بدليل انه يملك عليها الايلاء و الظهار و يجرى الميراث بينهما و لهذا سمى الله تعالى الزوج بعلا و البعل هو الزوج و الزوجية تثبت الحل قال الله تعالى الا على ازواجهم انتهى.

(٤) على ما تقدم و في العناية ص٣٠ ج٤ على ما تقدم يعني قوله يثبت للزوج نظرا له فكان كالبيع الذي فيه الخيار تاخر عمل البيع في اللزوم الى مدة نظرا لمن له الخيار انتهى.

يتزوجها في العدة و بعد انقضائها لان حل المحلية باق، لان زواله معلق بالطلقة الثالثة، فينعدم قبله و منع الغير في العدة لاشتباه النسب و لا اشتباه في اطلاقه، و ان كان الطلاق ثلاثاً في الحرة او ثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره نكاحاً صحيحاً و يدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها، و الاصل فيه قوله تعالى فان طلقها فلاتحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره و المراد الطلقة الثالثة و الثنتان في حق الامة

يتزوجها في الغدة و بعد انقضائها لان حل المحلية باق) اي لان حل المحل باق، لان محل النكاح انثى من بنات آدم مع انعدام المحرمية والشرك والعدة عن الغير (لان زواله) اي زوال المحل (معلق بالطلقة الثالثة) و اذا وجدت الطلقة الثالثة (فينعدم قبله) لقوله تعالى فان طلقها فلاتحل له من بعد حتي تنكح زوجها غيره(١) اي فان طلق الثالثة (و منع الغير في العدة) اي غير الزوج عن النكاح في العدة (لاشتباه النسب) اي لاحل اشتباه النسب صيانة (و لا اشتباه في اطلاقه) اي لا اشتباه نسب في اطلاق الشارع الزوج في نكاح معتدته، هكذا فسره الاترازي و الاحسن ان يقال و لا اشتباه في اطلاقه، اي في تجويز نكاح معتدته اذ الاشتباه انما يكون عند اختلاف المياه، و ذلك انما يكون في معتدة الغير قال الاكمل(٢) و اعترض عليه بالصغيرة و الآيسة و عدة الوفاة قبل الدخول و معتدة الصبي و الحيضة الثانية و الثالثة فانه لاشتباه في هذه المواضع، و لايجوز التزوج في هذه المواضع في العدة. و اجيب بان ذلك بيان الحكمة و حكمة الحكم يراعى في الجنس لا في كل فرد لا بيان العلة لوجود التخلف فيما ذكر من المواضع، انتهى قلت اخذ هذا من كلام السغناقي ملخصاً (و ان كان الطلاق ثلاثاً في الحرة و ثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحاً، و يدخل بها) اي المطلقة ثلاثا لا بنكاح و لا بملك يمين حتى تنكح زوجاً غيره و اطلق الزوج ليشمل البالغ وغيره و المجنون وغيره، اذا كان يجامع مثله، و بذلك صرح في شرح الطحاوي و يذكر عن قريب ما فيه من المذاهب و الاقوال، و انما قيد بالنكاح الصحيح لان الزوج الثاني اذا تزوجها نكاحاً فاسداً لاتحل للاول، سواء دخل بها الثاني او لم يدخل لانه عزوجل قال زوجا غيره و الزوج المطلق هو الذي صح نكاحه (و الاصل فيه) اي الاصل في هذه المسالة (قوله تعالى فان طلقها فلاتحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره)(٣) اي و ان طلقها الطلقة الثالثة بعد التطليقتين المذكورتين في قوله الطلاق مرتان اي مرة بعد اخرى (و المراد الطلقة الثالثة) كما ذكرنا هذا في حق الحرة (و الثنتان) اي الطلقتان (في حق الامة

---

(١) حتى تنكح زوجا غيره -٢٣٠- البقرة. (٢) الاكمل في العناية ص٣٠ج٤. (٣) زوجا غيره -٢٣٠- البقرة.

كالثلاث في حق الحرة، لان الرق منصف لحل المحلية على ما عرف، ثم الغاية نكاح الزوج مطلقاً، و الزوجية المطلقة انما تثبت بنكاح صحيح، و شرط الدخول ثبت باشارة النص، و هو ان يحمل النكاح على الوطء حملاً للكلام على الافادة دون الاعادة اذ العقد استفيد باطلاق اسم الزوج او يزاد على النص بالحديث المشهور، و هو قوله عليه الصلوة و السلام لاتحل للاول حتى تذوق عسيلة الآخر

كالثلاث) اي كالطلقات الثلاث (في حق الحرة، لان الرق منصف لحل المحلية) اضافة التنصيف الى الرق مجاز يعني(١) ان الرقية سبب لتنصيف حل المحلية، لكونه نعمة، و الطلقة الواحدة لاتتجزأ فكملت و قد مر بيانه قبيل باب الطلاق في فصل المحرمات ايضا (على ما عرف) اي في الاصول (ثم الغاية) اي الغاية بكلمة حتى في قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره (نكاح الزوج مطلقا) يعني ذكر من غير قيد بصفة (و الزوجية المطلقة) اي الكاملة (انما تثبت بنكاح صحيح) لان الوطء يحرم في الفاسد، و يجب التفريق (و شرط الدخول) هذا جواب عما يقال المشروط في قوله تعالى حتى تنكح زوجاً غيره مطلق النكاح فمن اين شرط الدخول فاجاب بقوله و شرط الدخول (ثبت باشارة النص، و هو ان يحمل النكاح) في قوله حتى تنكح زوجا غيره (على الوطء حملا للكلام على الافادة دون الاعادة) يعني لو حملنا النكاح على العقد في الآية يلزم ذكر العقد مرتين (اذ العقد استفيد باطلاق اسم الزوج) في قوله تعالى زوجا غيره و ايضا في حمل النكاح على العقد يكون ذلك تاكيداً و التاسيس اولى من التاكيد فان قيل يلزم ان تكون المراة واطئة على هذا التقدير، و المراة موطوءة و ليست بواطئة. اجيب بجواز اضافة الوطء اليها، و لهذا تسمى زانية، و الزنا هو الوطء الحرام، الا انه لايشتهر استعماله، و الحاصل ان المصنف استدل هاهنا في شرط الدخول بوجهين احدهما باشارة نص الكتاب على ما قررناه. و الآخر بقوله (او يزاد على النص) اي على قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره (بالحديث المشهور) و قد عرف جواز الزيادة على النص بالحديث المشهور كما عرف في الاصول (و هو) اي الحديث المشهور هو (قوله) اي قول النبي صلى الله عليه وسلم (لاتحل للاول حتى تذوق عسيلة الآخر) هذا الحديث رواه الائمة الستة(٢) في كتبهم من حديث عائشة رضي الله تعالى عنهما، قالت

---

(١) يعني الخ و في العناية ص٣١ ج٤ لان الرق منصف لحل المحلية لكونه نعمة و العقدة الواحدة لاتتجزأ فكملت على ما عرف الخ و في الكفاية الرق منصف للعقوبة لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب فيكون منصفا للنعمة اذ لولا ذالك لكملت النعمة فتمت الجناية و غلظت فكملت عقوبتها انتهى. (٢)=>

روي بروايات

سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق زوجته ثلاثا فتزوجت زوجا غيره فدخل بها ثم طلقها قبل ان يواقعها اتحل لزوجها الاول، قال لا حتى يذوق الآخر من عسيلتها ما ذاق الاول

(روى بروايات) اي روى هذا بروايات مختلفة، فروى الجماعة(١) الا ابا داود عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت جاءت امرأة رفاعة القرظي الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت اني كنت عند رفاعة القرظي فطلقني فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير، و ان ما معه الا مثل هدبة الثوب، فتبسم عليه الصلوة و السلام و قال اتريدين ان ترجعي الى رفاعة، فقالت نعم، قال لا حتى تذوقي عسيلته و يذوق عسيلتك. و في لفظ الصحيحين(٢) انها كانت تحت رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات... الحديث، و في لفظ البخاري(٣) كذبت يا رسول الله اني لانفضها نفض الاديم، و لكنها ناشزة تريد ان ترجع الى رفاعة فقال عليه الصلوة و السلام فان كان كذلك فلن تحلين له حتى يذوق من عسيلتك... الحديث، و روى مالك(٤) في موطئه عن المسور بن رفاعة القرظي عن الزبير(٥) بن عبدالرحمن بن الزبير فلم يستطع ان يمسها ففارقها، فاراد رفاعة ان ينكحها فنهاه رسول الله صلى الله عليه وسلم و قال لاتحل لك حتى تذوق العسيلة. و روى الطبراني في معجمه الاوسط من حديث هشام بن عروة عن ابيه عن عائشة رضي الله عنها قالت كانت امراة من قريظة يقال لها تميمة تحت عبدالرحمن بن الزبير فطلقها و تزوجها رفاعة رجل من قريظة ثم فارقها فارادت ان ترجع الى عبدالرحمن بن الزبير فقالت و الله

=> الائمة الستة الخ راجع نصب الراية ص٢٣٧ ج٣ و فتح القدير ص٣٢ ج٤. البخاري باب من اجاز طلاق الثلاث ص٧٩١ ج٢ و كتاب الشهادات ص٣٥٩ ج١ و كتاب اللباس ص٨٦٢ ج٢ و كتاب الادب. و مسلم باب لاتحل المطلقة ثلاثا لمطلقها حتى تنكح الخ ص٤٦٣ ج١ و ابوداود باب المبتوتة لايرجع اليها زوجها حتى تنكح غيره ص٣٢٣ ج١ و الترمذي باب ماجاء في من يطلق امراته ثلاثا ص١٣٣ ج١ و النسائي كتاب الطلاق ص.١٠٠ و ص١٠١ ج٢ باب احلال المطلقة ثلاثا و كتاب النكاح و ابن ماجة باب الرجل يطلق امراته ثلاثا الخ ص.١٤٠. (١) الجماعة البخاري باب من اجاز طلاق الثلاث ص٧٩١ ج٢ و كتاب الشهادات باب شهادة المختبى ص٣٥٩ ج١ و مسلم ص٤٦٣ ج١ و الترمذي ص١٣٣ ج١ و النسائي ص.١٠٠ ج٢ و ابن ماجة ص.١٤٠. (٢) الصحيحين- البخاري ص..... و مسلم ص٤٦٣ ج١. (٣) لفظ البخاري كتاب اللباس باب الثياب الخضر ص٨٦٦ ج٢. (٤) مالك في مؤطئه عنوان نكاح المحلل و ما اشبهه ص٥٠١. (٥) عن الزبير بن عبدالرحمن بن الزبير الخ و في الاوجز و اختلف في ضبط الزبير هذا هل هو مصغر او مكبر بعد ما اتفقوا على تكبير الجد و قال ابن بكير الاول بالضم و قال الدارقطني و ابوالحسن وغيرهما من الحفاظ هو الصواب انتهى ملخصا.

و لا خلاف(١) لاحد فيه

يارسول الله ما هو منه الا كهدبة ثوبي قال و الله يا تميمة لاترجعين الى عبدالرحمن حتى يذوق عسيلتك رجل غيره، و هذا المتن عكس متن الصحيح. و روى ابو موسى محمد الحافظ بن ابي بكر المديني في كتاب الاماني باسناده الى مقاتل بن حبان قال قوله عزوجل فان طلقها فلاتحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره نزلت في عائشة بنت عبدالرحمن بن عتيك النضري كانت تحت رفاعة بن عتيك و هو ابن عمها فطلقها طلاقا بائنا، فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير القرظي ثم طلقها، فاتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله ان زوجي عبدالرحمن طلقني قبل ان يمسني فارجع الى ابن عمي زوجي الاول، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا حتى يكون مس، فلبثت ما شاء الله ان لبثت ثم رجعت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله ان زوجي الذي كان تزوجني بعد الزوج الاول كان قد مسني، فقال النبي صلى الله عليه وسلم كذبت بقولك الاول، فلن اصدقك في الآخر، فلبثت ثم قبض النبي صلى الله عليه وسلم فاتت ابابكر رضي الله تعالى عنه فقالت يا خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم ارجع الى زوجي الاول فان زوجي الآخر قد مسني فقال ابوبكر رضي الله عنه قد عهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم حين قال لك و سمعته حين اتيته و علمت ما قال لك، فلاترجعي اليه، فلما قبض ابوبكر رضي الله تعالى عنه أتت عمربن الخطاب رضي الله تعالى عنه فقال لها لئن اتيتني بعدمرتك هذه لارجمنك و اختلف في رفاعة(٢) قيل انه رفاعة بن سموال(٣) و قيل رفاعة بن وهب، و فرق بينهما ابوجعفر بن احمد بن عثمان بن احمد المروزي المعروف بابن شاهين، و الظاهر انهما واحد و كذا اختلف(٤) في اسم المراة، فقيل اسمها تميمة و اميمة و الرميصاء و الغميصاء (و لا خلاف فيه)

(١) و لا خلاف الخ راجع المغنى ص٤٧٢ ج٨ و العمدة باب من اجاز طلاق الثلاث ص٢٣٦ ج٢٠ و فتح الباري باب اذا طلقها ثلاثا الخ ص٥٨٣ ج٩ و احكام القرآن للجصاص ص٣٩٠ ج١ و تكملة شرح المهذب ص٢٧٨ ج١٧. (٢) و اختلف في رفاعة الخ راجع لهذا المقام اوجز المسالك شرح الموطا ص٢٦٦ ج٤ و مابعده فان شيخ الحديث الشيخ محمد زكريا قدس سره قد اطال البحث و اجاد و افاد. (٣) سموال و في الاوجز اختلف في ضبطه فقال النووي في تهذيبه بسين مهملة تفتح و تكسر ثم ميم ساكنة و هكذا في الزرقاني بكسر السين و اسكان الميم و ضبطه الحافظ في الفتح سموال بفتح المهملة و الميم و سكون الواو بعدها همزة ثم لام الخ. (٤) اختلف في اسم المراة الخ و في الاوجز تميمة بنت وهب قال الحافظ في الفتح هي بمثناة و اختلف هل هي بفتحها او بالتصغير و الثاني ارجح و قيل سهيمة بسين مهملة مصغرا اخرجه ابونعيم و كانه تصحيف و عند ابن مندة اميمة بالالف و حكى خمسة اقوال في اسم امراة رفاعة و رجح كونها تميمة مصغرا وفي العيني قال الطبراني في المعجم الكبير=>

سوى سعيد بن المسيب رحمه الله تعالى وقوله غير معتبر حتى لو قضي به القاضي لاينفذ، و الشرط الايلاج دون

اي في شرط الدخول (لاحد سوى سعيد بن المسيب)(١) بن حزن بن ابي وهب بن عمرو بن عائذ بن عمران بن مخزوم القرشي المخزومي سيد التابعين ولد لسنتين مضتا من خلافة عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه مات سنة اربع و تسعين في خلافة الوليد بن عبدالرحمن و هو ابن خمس و سبعين سنة، روى عن جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم منهم عمر بن الخطاب و عثمان بن عفان و علي بن ابي طالب و ابوسعيد الخدري و ابوموسى الاشعري و ابوهريرة و كان زوج ابنته و اعلم الناس بحديثه و عائشة اسماء بنت عميس و خولة بنت حكيم و فاطمة بنت قيس رضي الله تعالى عنهم اجمعين، و روى عن ابيه المسيب بن حزن و له صحبة. و قال ابوحاتم ليس في التابعين امثل من سعيد بن المسيب و هو اثبتهم في ابي هريرة رضي الله تعالى عنه و قول صاحب الهداية، و لا خلاف فيه سوى سعيد بن المسيب ليس على اطلاقه لانه تبعه في هذا بشر المريسي و داود الظاهري و الشيعة و الخوارج، و لكن لايلتفت الى هذا. قال المصنف (و قوله غير معتبر) لانه خلاف الاجماع، و قال ابن المنذر لانعلم احدا قال من اهل العلم بقوله الا الخوارج و لايسوغ لاحد المصير اليه. و قال ابوبكر الرازي لا اعلم احدا قال بقوله، و قوله غير معتبر حتى لايجوز لاحد ان ياخذ بقوله لمخالفة الحديث المشهور. و لو أفتى مفت بقوله فعليه لعنة الله و الملائكة و الناس اجمعين ذكره في الخلاصة(٢) (حتى لو قضى القاضي به) اي بقول سعيد بن المسيب في هذا (لا ينفذ) و يرد و يبطل. و ذكر قاضي خان لاينفذ قضاؤه. و في القنية و لو افتى فقيه بمذهبه يعزر، قال المتكلم والقاضي بديع يحتال في التطليقات و ياخذ الرشي و يزوجها للاول بدون دخول الثاني هل يصح النكاح، قال لا و ماجزاء من يفعل ذلك، قالوا يسود وجهه و يعزر. و في فتاوى النضر بن سعيد رجع عن مذهبه هذا، و قال لعله لم يبلغه الحديث المشهور(٣) (و الشرط) اي شرط حل المطلقة الثلاث للزوج الاول (الايلاج) اي الادخال (دون

=> لها ذكر في قصة رفاعة و لا حديث لها الخ مختصرا. (١) سعيد بن المسيب الخ راجع لترجمته تهذيب التهذيب ص٨٤ ج٤ ذكرت في اربع صفحات. (٢) الخلاصة و في فتح القدير ص٣٣ ج٤ قال صدر الشهيد و من افتى بهذا القول فعليه لعنة الله و الملائكة و الناس اجمعين و ذالك لان شرعية ذالك لاغاظة الزوج حتى لايسرح في كثرة الطلاق عومل بما يبغض حين عمل ابغض ما يباح انتهى. (٣) المشهور و في الفتح و استغرب ذالك من سعيد حتى قيل لعل الحديث لم يبلغه. و في البحر ص٦١ ج٤ و في القنية ان سعيد بن المسيب رحمه الله تعالى رجع عن مذهبه في ان الدخول بها ليس بشرط في صيرورتها حلالا للاول الخ.

الانزال لانه كمال و مبالغة فيه و الكمال قيد زائد و الصبي المراهق في التحليل كالبالغ لوجود الدخول في نكاح صحيح، و هو شرط(١) بالنص و مالك رحمه اللّه تعالى يخالفنا فيه، و الحجة عليه ما بيناه. و فسره في الجامع الصغير و قال غلام لم يبلغ و مثله يجامع جامع امراة وجب عليها الغسل و احلها على الزوج الاول، و معنى هذا الكلام ان تتحرك آلته و يشتهي، و انما وجب الغسل عليها

الانزال) يعني انزال المني (لانه كمال) اي لان الانزال كمال في الايلاج (و مبالغة فيه) اي في الايلاج (و الكمال قيد زائد) يعني قيد(٢) للنص المطلق فلايجوز و لايثبت الا بدليل، و لا دليل عليه، بل الدليل يدل على عدمه، لانه ذكر العسيلة و هو تصغير العسلة و هي كناية عن اصابة حلاوة الجماع، و هي تحصل بالايلاج فكان التصغير دالا على عدم الشبع بالانزال فاللذة بالجماع قبل الانزال، و بالانزال تزول اللذة و تفتر الرغبة فلايشترط الانزال و شذ الحسن البصري رحمه اللّه تعالى، و اشترط الانزال بظاهر الحديث (و الصبي المراهق في التحليل كالبالغ) و به قال عطاء و الشافعي و ابن المنذر رحمهم اللّه تعالى (لوجود الدخول في نكاح صحيح و هو) اي النكاح الصحيح (شرط بالنص) لان الشرط علق حلها للزوج الاول بنكاح زوج آخر، و وطئه و حصل ذلك (و مالك رحمه اللّه تعالى يخالفنا فيه) اي في المراهق، فان عنده انزاله شرط و لم يوجد و به قال حماد و الحسن البصري كما ذكرنا (و الحجة عليه) اي على مالك (ما بيناه) و هو قوله ان الانزال كمال و مبالغة فيه و هو قيد لا دليل عليه. و قال الاترازي و الحجة عليه قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره و المراهق يسمى زوجا اذا وجد شرط النكاح. و قال الكاكي و الحجة عليه ما بيناه و هو الحديث المذكور، و ما ذكرناه هو الانسب (و فسره) اي فسر محمد المراهق (في الجامع الصغير، و قال غلام لم يبلغ، و مثله يجامع جامع امرأة وجب عليها الغسل و احلها للزوج الاول) و هذا كله تفسير محمد في المراهق، و في الجامع قال محمد اودع صبياً يعقل ابن اثنتي عشرة سنة. قلت هذا يدل على ان المراهق ينبغي ان يكون ابن اثنتى عشرة، و كذا قال القاضي من الحنابلة (و معنى هذا الكلام) اي الكلام الذي نقله عن محمد في المراهق (أن تتحرك آلته و يشتهي) اي الشرط ان تتحرك آلة المراهق و يشتهي الجماع، و انما شرط ذلك لانه عليه الصلوة و السلام شرط الذوق من الطرفين(٣) (و انما وجب الغسل عليها) هذا جواب عما يقال

---

(١) و هو شرط – ن – و هو الشرط. (٢) يعني قيد للنص الخ كذا في العناية. (٣) شرط الذوق من الطرفين و هذا انما يتحقق في المراهق الذي يشتهي– الكفاية.

لالتقاء الختانين، و هو سبب لنزول مائها، و الحاجة الى الايجاب في حقها اما لا غسل على الصبي و ان كان يؤمر به تخلقاً.

اذا لم يكن الانزال شرطاً فلم يجب الغسل على المراة فاجاب بقوله - انما وجب الغسل عليها - اي على المراة (لالتقاء الختانين و هو سبب لنزول مائها) فاقيم السبب الظاهر مقام المسبب الباطن و هو الانزال، فيجب الغسل. فان قيل لانسلم انه سبب ظاهر، و انما يكون كذلك اذا كان الشخص بالغاً و كلامنا في غير البالغ. و اجيب بان كلامنا فيما اذا كان الصبي تتحرك آلته و يشتهي الجماع لا فيما دون ذلك (و الحاجة الى الايجاب في حقها) اي الحاجة الى ايجاب الغسل في حق المراة لان امر الغسل مبنى على الاحتياط و جماع مثله سبب ظاهر لانزال مائها فيجب الغسل عليها. (اما لا غسل على الصبي) لعدم الخطاب (و ان كان) واصل بماقبله، اي و ان كان الصبي (يؤمر به) اي بالغسل (تخلقاً) اي من حيث التخلق ليتعود به و يصير له سجية قبل بلوغه حتى لايشق عليه عند بلوغه فروعه(١) و في الجواهر للمالكية لايحل وطء صبي و ان كان يقوى على الجماع، و هو قول ابي عبيد، و يروى عن الحسن، و في البسيط و اجمعوا على انه يحصل بوطء الصبي و يحصل باستدخال المراة ذكر زوجها و هو نائم و لا يشترط الانتشار. و في المحيط وطء الصبي و المجنون يحلها، و وطء المجبوب لايحلها الا اذا حبلت. و في المبسوط في رواية ابي حفص ان كان المجبوب لاينزل لايحلها و لايثبت نسب الولد منه، لانه اذا جف ماءه صار كالصبي او دونه. و قيل هذا اذا جب ذكره في الاصل، و لو بقى بقدر الحشفة يولج في فرجها تحل. و ذكر الاسبيجابي انه لو كان خصياً يجامع مثله حلت. و في المفيد و كذا المسلول و في المدونة ان علمت بانه خصي فوطئها حلت للاول و ثبت احصانها و ان لم تعلم لايحلها و لايثبت احصانها، و ان تزوجت شيخاً فلم تنتشر آلته فادخلت في فرجها باصبعها ان انتعش و عمل حلت و الا فلا. و لو لف آلته بخرقة و هي لاتمنع من وجود حرارة فرجها الى ذكره يحل، ذكره المرغيناني و لو كانت المرأة مفضاة و حبلت من الثاني حلت للاول لوقوع الوقاع في قبلها. و وطء النائمة و المغمى عليها يحل عندنا. و في احد قولي الشافعي ذكره النووي. و الوطء في الدبر لايحل، و لو ادعت وصول المحلل صدقت، و وطء الذمي الذمية يحلها للاول(٢) عندنا و الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى و به قال الحسن و الزهري و الثوري وابوعبيد رحمهم الله تعالى و قال مالك و ربيعة

---

(١) فروعه - راجع للفروع الكثيرة الفتاوى الهندية ص٤٧٣ ج١ و البحر ص٦١ ج٤ و الفتح ص٣٣ ج٤ و المغنى ص٤٧٣ ج٨ و تكملة شرح المهذب ص٢٧٨ ج١٧. (٢) للاول - و في المغنى ص٤٧٥ ج٨ و ان كانت ذمية فوطئها زوجها الذي احلها لمطلقها المسلم نص عليه احمد و قال هو زوج الخ.

قال و وطء المولى امته لايحلها، لان الغاية نكاح الزوج، و اذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه لقوله عليه الصلوة والسلام لعن الله المحلل و المحلل له

رحمهما الله تعالى لايحلها، و لو خلا بها الزوج الثاني او مات عنها لايحل (قال) اي القدوري رحمه الله تعالى (و وطء المولى امته لايحلها) بان طلق رجل امراته ثنتين و هي امة للغير فوطئها المولى بعد انقضاء العدة لم تحل للاول (لان الغاية نكاح الزوج) اي لان غاية الحرمة نكاح الزوج، لقوله تعالى حتى تنكح زوجاً غيره و لم يوجد، لان المولى لايسمى زوجاً. و قال في شرح الاقطع(١) روى عن عثمان رضي الله تعالى عنه سئل عنه عن ذلك، و عنده علي و زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنهما فرخص ذلك عثمان و زيد رضي الله تعالى عنهما و قالا هو زوج، فقال علي رضي الله تعالى عنه مغضباً كارها لما قالا، و قال ليس بزوج (و اذا تزوجها بشرط التحليل) بان قال تزوجتك على ان احللك(٢) او قالت هي ذلك (فالنكاح مكروه لقوله عليه الصلوة و السلام) اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم (لعن الله المحلل و المحلل له) هذا الحديث(٣) روى عن جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم عن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه اخرج حديثه الترمذي(٤) و النسائي من غير وجه عن سفيان الثوري عن ابي قيس و اسمه عبدالرحمن بن ثروان الاودى عن هزيل بن شرحبيل الاودى عن عبدالله بن مسعود رضي الله تعالى عنه قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل و المحلل له، قال الترمذي حديث حسن صحيح. و عن علي رضي الله تعالى عنه اخرج حديثه ابوداود(٥) و الترمذي و ابن ماجة عن الحارث عن علي رضي الله تعالى عنه قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل و المحلل له. و في لفظ ابي داود فيه شك، فقال اراه رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم و هو معلول بالحارث. قلت الحارث(٦) هو ابن عبدالله الاعور الخارفي الكوفي قال ابو زرعة لايحتج بحديثه،

---

(١) شرح الاقطع الخ كذا في العناية ص٣٤ ج٤. (٢) احللك من باب التفعيل و كذا في الكفاية و لكن في فتح القدير و العناية احلك من باب الافعال. (٣) هذا الحديث روى عن جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم الخ راجع لهذا المبحث نصب الراية ص٢٣٨ ج٣ و عمدة القاري باب من اجاز طلاق الثلاث ص٢٣٦ ج٢٠ و فتح الباري ص....... و فتح القدير ص٣٤ ج٣ و اعلاء السنن ص٢١٦ ج١١ و الاوجز ص٢٦٥ ج٤ و المغنى ص٥٧٤ ج٧ و تكملة شرح المهذب ص٢٤٩ ج١٦. (٤) الترمذي باب ماجاء في المحلل و المحلل له ص١٣٣ ج١ و النسائي باب احلال المطلقة ثلاثا ص١٠١ ج٢ و احمد في مسنده و اسحاق بن راهويه في مسنده كذا في نصب الراية ص٢٣٩ ج٣. (٥) ابوداود باب في التحليل ص٢٩٠ ج١ و الترمذي ص١٣٣ ج١ و ابن ماجة باب المحلل و المحلل له ص١٤٠. (٦) الحارث الخ راجع له تهذيب التهذيب ص١٤٥ ج٢.

و هذا هو محمله،

و قال ابن المديني الحارث كذاب. و عن جابر(١) بن عبدالله رضي الله تعالى عنه اخرج حديثه الترمذي عن مجالد عن الشعبي عن جابر نحوه سواء. و عن عقبة بن عامر(٢) رضي الله تعالى عنه اخرج حديثه ابن ماجة عن الليث بن سعد قال قال لي ابومصعب مشرح بن هاعان قال عقبة بن عامر رضي الله تعالى عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الا اخبركم بالتيس المستعار، قالوا بلى يارسول الله قال هو المحلل، لعن الله المحلل و المحلل له، قال عبدالحق في احكامه إسناده حسن و قال الترمذي في علله الكبرى الليث بن سعد ما اراه سمع من مشرح بن هاعان و قال ابن ابي حاتم في علله سالت ابازرعة عن حديث رواه الليث بن سعد عن مشرح بن هاعان عن عقبة بن عامر فذكره فقال لم يسمع الليث من مشرح شيئا و لا روى عنه و عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنه اخرج حديثه احمد(٣) و البزار و ابويعلى الموصلي و اسحاق بن راهوية في مسانيدهم من حديث المقبرى عن ابي هريرة نحوه. و عن ابن عباس رضي الله تعالى اخرج حديثه ابن ماجة(٤) عن عكرمة نحوه سواء، (و هذا هو محمله) يعني(٥) ان محمل الحديث هو الكراهية، و قد استدل المصنف(٦) بهذا الحديث على كراهية النكاح المشروط به التحليل و ظاهره

(١) و عن جابر رضي الله تعالى عنه الترمذي ص١٣٣ ج١. (٢) و عن عقبة بن عامر رضي الله تعالى عنه ابن ماجة ص١٤٠. (٣) احمد في مسنده ص٦١٩ ج٢ طبع جديد حديث ٨٠٨٨ و الفتح الرباني باب ماجاء في نكاح المحلل ص١٩٤ ج١٦ و مصنف ابن ابي شيبة ص٢٩٦ ج٤/٢ و البيهقي في سننه ص٢٠٨ ج٧ و نصب الراية ص٢٤٠ ج٣. (٤) ابن ماجة ص١٤٠ و في نصب الراية ص٢٤٠ ج٣ حديث آخر في الباب اخرجه الحاكم في المستدرك (باب لعن الله المحلل الخ ص١٩٩ ج٢) جاء رجل الى ابن عمر رضي الله تعالى عنه فساله عن رجل طلق امراته ثلاثا فتزوجها اخ له ليحلها لاخيه هل تحل للاول قال لا الانكاح رغبة كنا نعد هذا سفاحا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم انتهى و صححه و كذا في فتح القدير ص٣٥ ج٤. (٥) يعني الخ و في العناية فان محمله اشتراط التحليل في العقد كما ذكرنا اذ لو اضمر ذالك في قلبه لم يستحق اللعن و قيل معنى قوله هو محمله الكراهة محمل الحديث لافساده انتهى. و في فتح القدير قوله و هذا اي المحلل الشارط هو محمل الحديث لان عمومه و هو المحلل مطلقا غير مراد اجماعا و الا شمل المتزوج تزويج رغبة انتهى. (٦) استدل المصنف الخ كذا في نصب الراية ص٢٤٠ ج٣. قال الشيخ المحدث العثماني رحمه الله تعالى في اعلاء السنن و حاشيته ص٢١٦ الى ص٢١٩ ج١١ باب كراهة النكاح بشرط التحليل عن عبدالله بن مسعود قال "لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل و المحلل له" رواه الترمذي قال: حسن صحيح (١٣٣:١) عن عقبه بن عامر رفعه: "الا اخبركم بالتيس المستعار قالوا: بلى قال: هو المحلل. لعن الله المحلل له" رواه ابن ماجة و رواته موثقون (دراية، ٢٢٩) قال عبدالحق في احكامه: اسناده حسن (زيلعي ٣٨:٢) عن ابن سيرين: أن امراة =>

يقتضى التحريم، و هو مذهب احمد رحمه الله تعالى و لكن يقال لما سماه محللا دل على صحة

=>طلقها زوجها ثلاثا و كان مسكين اعرابي يقعد بباب المسجد، فجاءته امرأة فقالت: هل لك في امراة تنكحها فتبيت معها الليلة و تصبح فتفارقها؟ فقال: نعم فكان ذلك فقالت له امراته: انك اذا اصبحت فانهم سيقولون لك، فارقها: فلاتفعل ذلك، فاني مقيمة لك ما بدا لي و ذهب الى عمر. فلما اصبحت اتوه و اتوها فقالت: كلموه فانتم جئتم به. فكلموه فابى فانطلق الى عمر. فقال الزم امرأتك. فان رابوك بريب فأتني و ارسل الى المرأة التى مشت لذلك، فنكل بها، ثم كان يغدو على عمر و يروح في حلة فيقول: الحمد لله الذي كساك ياذا الرقعتين حلة تغدو فيها و تروح" رواه الشافعي و البيهقي (كنز العمال ١٧٠) عن ابن سيرين: "ان رجلا طلق امراته، و امر رجلا يقال له ذو الخرقتين ان يتزوجها ليحلها له، فمكث ثلاثا لايخرج، ثم خرج و عليه ثوب، فقال له الرجل: أين ما قاولتك عليه؟ فأبى ان يطلقها فاتى في ذلك عمر بن الخطاب فقال الله رزق ذا الخرقتين، و أمضى نكاحه" رواه ابن جرير في تهذيب الآثار (كنز العمال ١٧٠) و صح عن عطاء (اي ابن ابي رباح و هو الظاهر) فيمن نكح امراة محللا ثم رغب فيها فامسكها قال: لاباس بذلك قاله ابن القيم في اعلام الموقعين (نيل الاوطار ٦: ٥٠).
باب كراهة النكاح بشرط التحليل قوله: "عن عبدالله بن مسعود" الخ. قال المولف: الحديث ليس محمولا على الاطلاق و الا لزم ان يكون المزوج و الواهب و البائع ملعونين، فانهم يحللون لشخص شيئا كان حراما عليه قبل. و الامر ليس كذلك فالملعون هو المحلل الخاص و هو الذي يشترط ذلك في العقد. و النية لا اعتبار لها في هذا الباب و لايمكن الاستدلال بالحديث على بطلان النكاح، فانه صلى الله عليه وسلم لما جعله محللا علم ان العقد قد صح، و الا فكيف يكون محللا؟ فالنكاح يصح و يكره. و في فتح القدير (٤: ٣٤) قوله: "بشرط التحليل اي بان يقول تزوجتك على ان احللت له، او تقول هي ذلك، فهو مكروه كراهة التحريم" الخ. و دلالته على الباب ظاهرة. و كذا دلالة الذي بعده، و الاثران اللذان في آخر الباب يدلان على الباب تاسيسا ان صحا، تائيدا ان ضعفا و أما ما في الدراية (٢٢٩) "عن عمر بن نافع عن ابيه: جاء رجل الى ابن عمر فساله عن رجل طلق امرأته ثلاثا فتزوجها اخ له ليحلها لاخيه هل تحل للاول؟ قال: لا الا نكاح رغبة، كنا نعد هذا سفاحا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم" صححه الحاكم. و في كنز العمال (٥: ١٧٠): "عن ابن عباس رضي الله عنه قال: سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحلل، قال: لا الا نكاح رغبة، لا نكاح دلسة، لا استهزاء بكتاب الله، ثم يذوق العسيلة" رواه ابن جرير في تهذيب الآثار، فهو محمول على النكاح الموقت المشروط بالتحليل، او على الزجر دلالة على الطريق الاولى و الاحسن فافهم. و قال من ذهب الى صحة نكاح المحلل: ان الله تعالى قال: "فلاتحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره" و هذا زوج قد عقد بمهر و ولى و رضاها و خلوها عن الموانع الشرعية، و هو راغب في ردها الى زوجها الاول فيدخل في حديث ابن عباس: ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا الا نكاح رغبة" و هذا نكاح رغبة في تحليلها للمسلم، كما امر الله تعالى بقوله: "حتى تنكح زوجا =>

النكاح، لان المحلل هو المثبت للحل فلو كان فاسداً لما سماه محللا. فان قلت لم لعن مع حصول

=> غيره" و النبي صلى الله عليه وسلم انما شرط في عودها الى الاول مجرد ذوق العسيلة. فالعسيلة حلت له بالنص، و اما لعنه صلى الله عليه وسلم للمحل، فلاريب انه لم يرد كل محلل، و محلل له. فان الولى محلل لما كان حراما قبل العقد. و الحاكم المزوج محلل بهذا الاعتبار، و البائع أمته محلل للمشتري وطأها، فان قلنا العام اذا خصص صار مجملا فلا احتجاج بالحديث. و ان قلنا هو حجة فيما عدا محل التخصيص فذلك مشروط ببيان المراد منه و لسنا ندري المحلل المراد من هذا النص. أ هو الذي نوى التحليل؟ او شرطه قبل العقد؟ او شرطه في صلب العقد؟ و وجدنا كل من تزوج مطلقة ثلاثا فانه محلل، و لو لم يشترط التحليل او لم ينوه، فان الحل حصل بوطئه و عقده. و معلوم قطعا انه لم يدخل في النص فعلم ان النص انما اراد به من تزوج المطلقة بطريق العارية لاجل التحليل بان يقال له: "تزوج هذه، و بت عندها ليلة، ثم طلقها لتحل لزوجها الاول و يدل على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "الا أخبركم بالتيس المستعار"؟ فان المستعار ما يصرح بكونه عارية، و ما لا فلا، لاسيما اذا صرح بما يفيد الملك المستمر كلفظ النكاح. و قال ابن حزم: ليس الحديث (لعن المحلل و المحلل له) على عمومه في كل محلل. اذ لو كان كذلك لدخل فيه كل واهب و بائع و مزوج، فصح انه اراد به بعض المحللين. و هو من احل حراماً لغيره بلا حجة. فتعين ان يكون ذلك فيمن شرط ذلك. لانهم لم يختلفوا في ان الزوج اذا لم ينو تحليلها للاول و نوت هي انها لاتدخل في اللعن. فدل على ان المعتبر الشرط انتهى (التلخيص الحبير، ٢:٢٠٢). قالوا: و لايلزم من كون المحلل الذي نكح بالشرط ملعونا بطلان النكاح الذي عقده بالشرط، فكم من ملعون في فعله يلزمه اثر فعله، كم امسك امراة ضرارا ليعتدي عليها. فقد عده الله ظالما و لايلزم منه بطلان امساكه و فساد نكاحه. قالوا: و قد روى عبدالرزاق بسنده ان امراة ارسلت الى رجل فزوجته نفسها ليحلها لزوجها. فامره عمر بن الخطاب ان يقيم معها و لايطلقها، و اوعده ان يعاقبه ان طلقها، كذا في نيل الاوطار (٤٩:٤) و لم يعله بشيء فصحح عمر نكاحه و لم يامره باستئنافه. و قد روى عبدالرزاق ايضا عن عروة بن الزبير: "انه كان لايرى باسا بالتحليل اذا لم يعلم احد الزوجين". قال ابن حزم و هو قول سالم بن عبدالله والقاسم بن محمد. كذا في النيل ايضا (٦: ٥٠) و قال العيني في العمدة: "قال ابن بطال: اختلفوا في عقد نكاح المحلل. فقال: ما لك لايحلها الا بنكاح رغبة، فان قصد التحليل لم يحلها، سواء علم الزوجان بذلك او لم يعلما. و هو قول اللث و سفيان بن سعيد الاوزاعي و احمد. وقال ابوحنيفة و اصحابه و الشافعي: النكاح جائز، و له ان يقيم على نكاحه اولا. و هو قول عطاء و الحكم. و قال القاسم و سالم و عروة و الشعبي لاباس ان يتزوجها ليحلها اذا لم يعلم بذلك الزوجان، و هو ماجور بذلك. و هو قول ربيعة و يحيى بن سعيد. و ذهب الشافعي و ابوثور الى ان النكاح الذي يفسد هو الذي يعقد عليه في نفس عقد النكاح انه انما يتزوجها ليحللها ثم يطلقها. و من لم يشترط ذلك فهو عقد صحيح و روى بشر بن الوليد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة مثله و روى ايضا عن محمد عن يعقوب =>

فان طلقها بعد وطئها حلت للاول لوجود الدخول في نكاح صحيح اذ النكاح لايبطل بالشرط و عن ابي

التحليل. قلت لان التماس ذلك هتك للمروءة و اعارة النفس في الوطء لغرض الغير رذيلة، فانه انما يطاها ليعرضها لوطء الغير، و هو قلة حمية، و لهذا قال عليه الصلوة و السلام هو التيس المستعار، و انما يكون مستعاراً اذا سبق التماس من المطلق. و قال السروجي و اختلف العلماء في معناه، فقيل اراد به طالب الحل من نكاح المتعة و الموقت، و سماه محللا، و ان كان لم يحلل لانه يعتقد و يطلب الحل منه، و اما طالب الحل من طريقه لايستوجب اللعن. و قيل هو التزوج بلفظ الاحلال و التحليل. و في الاسبيجابي لو تزوجها بنية التحليل من غير شرط حلت للاول، و لايكره و النية ليست بشيء. و قال بعض مشائخنا لو تزوجها ليحللها للاول، فهو مثاب ماجور في ذلك حكاه المرغيناني وغيره، لكن يرد عليهم ان المعروف كالمشروط و لا خلاف في كراهية المشروط. و في الجواهر المعتبر نية المحلل دون المراة و الزوج الاول، فيصير كاشتراطه في العقد، فيفسد العقد، ولو نكح بشرط الطلاق فسد العقد و لم تحل و يفسد بشرط عدم الوطء، فاذا فسد فرق قبل البناء و بعده بطلقة بائنة، و لها المسمى في الاظهر و في البسيط، و ان شرط فيه طلاق قبل يبطل العقد كالمؤقت. و منهم من قال يلغو الشرط، و لا خلاف في انه لو قال زوجتك بشرط ان لاتزوج عليها او لاتتسرى او لاتسافر بها فالنكاح لايفسد بذلك كله ولو قال بشرط ان لاتطأها اختلفوا فيه وذكر التمرتاشي لو خافت ان لايطلقها الثاني فتقول زوجت نفسي منك على ان امري بيدي اطلق نفسي كلما اريد، و يقول تزوجت او قبلت جاز النكاح، و صار الامر في يدها (فان طلقها) اي فان طلقها محلل المراة (بعد ما وطئها حلت للاول) اي حلت المراة للزوج الاول (لوجود الدخول في نكاح صحيح، اذ النكاح لايبطل بالشرط) و به قال الحكم و عطاء و زفر (و عن ابي

=> عن ابي حنيفة: انه اذا نوى الثاني تحليلها للاول لم يحل له ذلك (كما قال مالك) و هو قول ابي يوسف و محمد. و روى الحسن بن زياد عن زفر عن ابي حنيفة: ان شرط عليه في نفس العقد انه انما يزوجها ليحلها للاول فانه نكاح صحيح، و يحصنان به، و يبطل الشرط، و له ان يمسكها. فان طلقها حلت للاول. (قلت: و قد مر عن عمر ما يدل على صحة هذا القول) ثم اجاب العيني عن حديث لعن المحلل و المحلل له، بان لفظ المحلل يدل على صحة النكاح، لان المحلل هو المثبت للحل فلو كان فاسدا لما سماه محللا، و لايدخل احد منهم تحت اللعنة الا اذا قصد الاستحلال. اما اثر عمر الذي رواه ابن ابي شيبة (بلفظ: "لا اوتى بمحلل و محلل له الا رجمتهما" كما فيه ايضا) فقال الطحاوي: هو محمول على التشديد و التغليظ" الخ (٩:١٤٥) قلت: و كذا اثر ابن عمر الذي مر بلفظ: "كنا نعده سفاحا". او يحملان على النكاح الموقت بليلة او ليلتين. و الله تعالى اعلم.

يوسف رحمه الله تعالى انه يفسد النكاح لانه في معنى الموقت فيه، و لايحلها على الاول لفساده و عن محمد رحمه الله تعالى انه يصح النكاح لما بينا و لايحلها على الاول لانه استعجل ما اخره الشرع فيجازي بمنع مقصوده كما في قتل المورث

يوسف رحمه الله تعالى انه يفسد النكاح لانه في معنى الموقت فيه، و لايحلها للاول لفساده) و هو قول ابراهيم النخعي و الحسن البصري و بكر بن عبدالله المزني و قتادة. و قال ابن المنذر روينا عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى انه قال لا اوتى بمحلل و لا محلل له الا رجمتهما(١) و قال ابن عمر رضي الله تعالى عنه لايزالا زانيين و ان مكثا عشرين سنة(٢) و عن عثمان بن عفان(٣) رضي الله تعالى عنه انه قال ذلك السفاح، و ممن قال و لايصح في ذلك الا نكاح رغبة لارهبة مالك و الليث و ابن حنبل و اسحاق و ابوعبيد رحمهم الله تعالى (و عن محمد رحمه الله تعالى انه يصح النكاح لما بينا) اراد به قوله اذ النكاح لايبطل بالشرط (و لا يحلها على الاول) اي لايحل المحلل المراة على الزوج الاول (لانه استعجل ما اخره الشرع) و ذلك لان النكاح عقد العمر و شرط الطلاق خلافه (فيجازي بمنع مقصوده كما في قتل المورث) كما اذا قتل شخص مورثه، فانه يحرم الميراث، لانه استعجل ما اخره الشرع، و ذكر الزندويستي في الروضة(٤) انها لو قالت انا ازوجك نفسي لتجامعني ثم تطلقني لاكون حلا لزوجي الاول. قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى النكاح جائز و الشرط جائز، فان امتنع من تطليقها اجبره الحاكم على ذلك، و تحل للاول. و في المرغيناني فالشرط يكره للاول و الثاني مع جوازهما عند ابي حنيفة و زفر رحمهما الله تعالى و عند ابي يوسف رحمه الله تعالى النكاح باطل و لاتحل للاول، و عند محمد رحمه

---

(١) الا رجمتهما- اخرجه ابن ابي شيبة عنوان في الرجل يطلق امراته فيتزوجها رجل ليحلها له ص٢٩٤ ج٢/٤ و سنن البيهقي ص٢٠٨ ج٧ و مصنف عبدالرزاق باب التحليل ص٢٦٥ ج٦. (٢) عشرين سنة اخرجه عبدالرزاق في مصنفه ص٣٦٥ ج٦. (٣) و عن عثمان رضي الله تعالى عنه الخ اخرج البيهقي في سننه عنه نحوه ص٢٠٨ ج٧. (٤) في الروضة الخ كذا في الفتح ص٣٥ ج٤ و فيه و هذا مما لم يعرف في ظاهر الرواية و لاينبغي ان يعول عليه و لايحكم به لانه بعد كونه ضعيف الثبوت تنبو عنه قواعد المذهب لانه شك انه شرط في النكاح لايقتضيه العقد و لاشك ان النكاح مما لايبطل بالشروط الفاسدة بل يبطل الشرط و يصح هو فيجب بطلان هذا و ان لايجبر على الطلاق نعم يكره الشرط كما تقدم من محمل الحديث و يبقي ما ورائه و هو قصد التحليل بلاكراهة و ما اورده السروجي من ان الثابت عادة كالثابت نصا في غير محل كلامهم لانه لايلزم من قصد الزوج ذالك ان يكون بما هو معروف بين الناس متداول انما ذالك فيمن نصب نفسه لذالك و صار مشهورا به انتهى و ذكر صاحب العناية عبارة الروضة ثم قال قال الامام ظهير الدين هذا البيان لم يوجد في غيره من الكتب.

و اذا طلق الحرة تطليقة او تطليقتين و انقضت عدتها و تزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الزوج الاول عادت بثلاث تطليقات و يهدم الزوج الثاني ما دون الثلاث كما يهدم الثلاث، و هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى لايهدم مادون الثلاث لانه غاية للحرمة بالنص فيكون منهياً و لا انهاء للحرمة قبل الثبوت و لهما

الله تعالى تحل للثاني، و لاتحل للاول. و في المفيد و المزيد قول محمد النكاح صحيح، و لاتحل للاول لايظهر له وجه (و اذا طلق الحرة تطليقة او تطليقتين و انقضت عدتها و تزوجت بزوج آخر، ثم عادت الى الزوج الاول عادت بثلاث تطليقات، و يهدم الزوج الثاني مادون الثلاث) اي الطلقة و الطلقتين و المراد بقوله(١) يهدم الزوج الى آخره ان المراة بعده تصير بحالة لاتحرم حرمة غليظة لما بقى من الطلقات الثلاث (كما يهدم الثلاث) اي كما يهدم الزوج الثاني ثلاث طلقات جميعا او فرادى (و هذا عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى) و هو قول ابن عباس و ابن عمر و ابراهيم النخعي و عطاء و شريح و ميمون بن مهران رضي الله تعالى عنهم (و قال محمد رحمه الله تعالى لايهدم ما دون الثلاث) يعني انها تصير بحالة تحرم حرمة غليظة لما بقى من الطلقات الثلاث، و به قال مالك و الشافعي و احمد و زفر و هو قول عمر و علي و ابي بن كعب و عمران بن حصين و ابي هريرة رضي الله تعالى عنهم، و المسالة مختلفة بين الصحابة كما ترى. و قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي اخذ الشبان(٢) من الفقهاء بقول المشائخ من الصحابة و المشائخ من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة (لانه) اي لان نكاح الزوج الثاني (غاية للحرمة بالنص) يعني قوله تعالى فان طلقها فلاتحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره، لان حتى حرف موضوع للغاية و المغيا ينتهى بالغاية (فيكون) اي الزوج الثاني (منهياً للحرمة) و هوبضم الميم اسم فاعل من الانهاء (و لا انهاء للحرمة قبل الثبوت) اي لا يكون لوطء الزوج الثاني عبرة قبل التطليقات الثلاث، لان الحرمة غير ثابتة، و لاشيء منها لانها لايتجزأ ثبوتها فلاحرمة قبل الثلاث، فلايكون الوطء غاية لها ،و هذا كقوله و الله لا اكلم فلاناً في رجب حتى استشير فلانا فاستشاره قبل رجب لم يعتبر في حق اليمين، اذ اليمين اوجب تحريم الكلام بعد رجب الى غاية الاستشارة فقبل رجب لا حرمة فلاتكون الاستشارة غاية لها (و لهما) اي و لابي

---

(١) و المراد الخ و في العناية يعني انه يجعل ذالك الباقي من الملك الاول كان لم يكن و لاتحرم الحرمة الغليظة الا اذا طلقها ثلاثا جمعا او فرادى. (٢) اخذ الشبان الخ كذا في الكفاية ص٣٨ ج٤ عن المبسوط و الفتح و =>

قوله عليه الصلوة و السلام لعن الله المحلل و المحلل له سماه محللاً، و هو المثبت للحل

حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى (قوله عليه الصلوة و السلام لعن الله المحلل و المحلل له، سماه محللا) اي سماه الشارع محللا اي جاعلا للمحل حلالاً و لايكون الا باثبات الحل فيه (و هو المثبت للحل) اي الزوج الثاني هو مثبت للحل، يعني الحل الجديد لانه لايجوز ان يكون المراد الحل السابق، لانه تحصيل الحاصل و هو فاسد، لان الحل السابق موجود فيما دون الثلاث فصارت المراة بالزوج الثاني ملحقة بالاجنبية فلم تحرم على الزوج الاول الا بثلاث تطليقات، لان حكم الحل الجديد هذا و قد ذكر الاترازي اسئلة و اطال الكلام فيه ملخص كلامه في السؤال الاول: منع كون المراد بالمحلل هو الزوج الثاني لعدم ما يدل عليه، و يجوز ان يكون المراد نكاح المتعة بقرينة اللعن، لانه كان مشروعاً ثم انتسخ. و الجواب أن الذي نقلوا هذا الحديث ثقات فكما يقبل نقلهم في نقل الحديث، فكذا يقبل نقلهم فيمن جاء فيه الحديث، و قد اورده في باب ما جاء في الزوج الثاني. السوال الثاني: منع كون المراد بالمحلل الزوج الثاني مطلقاً لانه ان اريد به قبل الطلاق الثلاث، فهو ممنوع، لانه غير محلل قبله لوجود الحل، و ان اريد بعد الثلاث فمسلم لكنه لايفيد، لان النزاع فيما دون الثلاث. و الجواب ان المراد به الزوج الثاني مطلقاً عملا باطلاق الحديث، و لانسلم نفي كونه محللاً قبل الطلاق الثلاث، لانه يثبت حلا جديداً بحيث لاتحرم عليه الا بثلاث تطليقات مستقلات، فلايلزم تحصيل الحاصل. السوال الثالث: ان الحديث متروك العمل بالظاهر، لان الزوج الثاني بعد الطلقات الثلاث لايثبت الحل ما لم توجد الاصابة. و الحديث يثبته مطلقاً، فكانت الاصابة هي المثبتة للحل دون الزوج الثاني. و الجواب منع كونه من باب ترك العمل بظاهره لانه من باب التخصيص، لان ما قبل الاصابة خرج عن عمومه بحديث العسيلة، فبقى الباقي على عمومه فيما دون الثلاث. و السوال الرابع: ان الحديث اذا كان مقتضياً للحل الجديد يلزم المعارضة بقوله تعالى و احل لكم ما وراء ذلكم(١) لانه يقتضى الحل مطلقا في عموم الاوقات فالحرمة التي تثبت بثلاث تطليقات مغياة الى غاية الزوج الثاني، فاذا انتهت به ثبت الحل الاصلي بالسبب السابق، فلاحاجة الى سبب مبتدا. و الجواب منع ثبوت الحل بالسبب السابق عند انتهاء الحرمة في كل بدأ لجواز ثبوته بسبب آخر اذا دل الدليل عليه، و قد دل اذ لو كان ثبوت الحل بالسبب السابق لم يكن الزوج الثاني محللا، و قد سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم محللاً و هاهنا سؤال آخر ذكره تاج الشريعة مع جوابه، و هو ان المحلل هو الذي يثبت الحل، و اثبات الحل يقتضي عدمه، اذ اثبات الثابت محال. و الجواب ان اثبات الثابت انما لايعتبر اذا لم

=> العناية ص ٣٦ ج٤ و قد مضى هذا البحث في البناية ص.... ج٧. (١) ماوراء ذالك الآية ٢٤ - النساء.

و اذا طلقها ثلاثاً فقالت قد انقضت عدتي و تزوجت و دخل بي الزوج و طلقني و انقضت عدتي، و المدة تحتمل ذلك جاز للزوج ان يصدقها اذا كان في غالب ظنه انها صادقة لانه معاملة او امر ديني لتعلق الحل به، و قول الواحد فيهما مقبول، و هو غير مستنكر اذا كانت المدة تحتمله، و اختلفوا في

يفد، اما اذا افاد فيعتبر، الا ترى ان بيع الانسان ماله بماله لايفيد، و كذا شراؤه بماله، اما اذا افاد فيعتبر كما اذا اشترى ماله من المضارب قبل ان يظهر فيه ربح، و ان كان ماله لما انه يفيد ملك التصرف (و اذا طلقها ثلاثاً فقالت قد انقضت عدتي و تزوجت) بزوج آخر (و دخل بي الزوج) الثاني (و طلقني و انقضت عدتي والمدة تحتمل ذلك) هذه من مسائل القدوري رحمه الله تعالى و المراد من قوله و دخل بي الزوج الثاني و بيان المدة التي تحتمل ذلك ياتي عن قريب (جاز للزوج) الاول جواب اذا (ان يصدقها اذا كان في غالب ظنه انها صادقة) قال الاترازي كلامه يوهم بان اخبارها مقبول و ان لم تكن عدلاً، لانه اطلق في التعليل، و ليس الامر كذلك، فان الرواية منصوصة في آخر كتاب الاستحسان، بان الزوج الاول لاباس عليه ان يتزوجها اذا كانت عنده ثقة او وقع في قلبه انها صادقة، انتهى. قلت استدلاله برواية كتاب الاستحسان يرد عليه قوله - و ليس الامر كذلك - لانه ذكر فيه كونها ثقة او وقوع صدقها في قلبه، و قد صرح بذلك القدوري رحمه الله تعالى بقوله اذا كان في غالب ظنه انها صادقة، و تعليله مقيد بهذا الوجه، و ليس بمطلق حتى يترتب عليه الوهم الذي ذكره (لانه) اي لان النكاح (معاملة) لكون البضع متقوماً عند الدخول، و اذا كان معاملة فخبر الواحد مقبول فيها بشرط التمييز كالولايات و المضاربات و الاذن في التجارة (او امر ديني لتعلق الحل به) اي بالنكاح، و يقبل قولها فيه ايضا كما اخبرت بنجاسة الماء و طهارته او روت حديثاً (و قول الواحد فيهما مقبول) اي في المعاملة و الامر الديني، اما في الديانات فلان الصحابة رضي الله تعالى عنهم كانوا يقبلون خبر العدل من غير اشتراط العدد، و اما في المعاملات فعلى نوعين، الاول: هي التي ليس فيها معنى الالزام كالوكالات و نحوها كما ذكرنا، فيعتبر فيها خبر مميز عدلاً كان او فاسقاً صبياً كان او بالغاً مسلما كان او كافراً، حراً كان او عبداً، ذكراً كان ام انثى من غير اشتراط العدد و العدالة دفعاً للضرورة النوع الثاني: الذي فيه الزام من حقوق العباد، فيشترط فيه العدد و العدالة و تعيين لفظ الشهادة، لانها تبنى على المنازعة فاحتيج الى زيادة التوكيد دفعاً للتزوير و الحيل. (و هو غير مستنكر) اي اخبار المراة المذكورة امر غير مستنكر فيه (اذا كانت المدة تحتمله) اي اذا كانت المدة التي ذكرتها تحتمل ذلك، لان القول قول الامين فيما لايستنكر (و اختلفوا في

ادنى هذه المدة،

ادنى هذه المدة) اي اختلف ابوحنيفة و صاحباه رحمهم الله تعالى في ادنى المدة التي تصدق المعتدة في انقضاء العدة. و اعلم ان الفقهاء من الصحابة و التابعين رضي الله تعالى عنهم و من بعدهم اختلفوا في المدة التي تصدق المراة في انقضاء عدتها على اقوال(١). الاول: قال ابوحنيفة رحمه الله تعالى اقلها شهران ثلاث حيض بشهر و طهران بشهر و ثلاثة اطهار بخمسة و اربعين يوما و ثلاث حيض بخمسة عشر يوما كل حيضة خمسة ايام. الثاني: قال ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى تسعة و ثلاثون يوما طهران بثلاثين و ثلاث حيض بتسعة اعتبارا لاقل الحيض. الثالث: قال شريح رحمه الله تعالى لو ادعت انها حاضت ثلاث حيض في شهر او في خمسة و ثلاثين يوما فجاءت ببنية من النساء العدول من بطانة اهلها انها رات الحيض و تغتسل عند كل صلاة و تصلي فقد انقضت عدتها. الرابع: قال الشافعي رحمه الله تعالى انها لاتصدق في اقل من اثنين و ثلاثين يوماً هذا مذهبه او قول منه ذكره ابن المنذر. الخامس: قال ابوثور لاتصدق في اقل من سبعة و اربعين يوما على ان اقل الحيض يوم، و اقل الطهر خمسة عشر يوما. السادس: قال مالك رحمه الله تعالى اربعون يوماً ذكره في الجواهر. السابع: قال اسحاق بن راهوية و ابو عبيد ان كان لها اقراء معلومة تعرفها بطانة اهلها تصدق على ما تشهد به و الا

(١) على اقوال الخ و نبذ منه في عمدة القاري باب اذا حاضت في شهر ثلاث حيض ص٣٠٥ ج٣ و فتح الباري ص٥٥٩ ج١ و المغنى ص٤٨٦ ج٨ و فتح القدير ص٣٩ ج٤ و تكملة شرح المهذب ص٢٢٧ ج١٧ و لفظ عمدة القاري و مذهب ابي حنيفة ان المراة لاتصدق في انقضاء العدة في اقل من ستين يوما و عن محمد بن الحسن فيما حكاه ابن حزم عنه اربعة و خمسين يوما و عن ابي يوسف تصدق في تسعة و ثلاثين يوما قال ابن بطال و به قال محمد بن الحسن و الثوري و عن الشافعي تصدق في ثلاثة و ثلاثين يوما و عن ابي ثور في سبعة و اربعين يوما و ذكر ابن ابي زيد عن سحنون اقل العدة اربعون يوما انتهى و لفظ فتح القدير اختلف العلماء في اقل ما تصدق اذا ادعت انقضاء العدة بالاقراء فقال ابوحنيفة لاتصدق في اقل من ستين يوما ان كانت حرة و قالا اقلها تسعة و ثلاثون يوما و قال شريح لو ادعت ثلاث حيض في شهر و جاءت بالبينة من النساء العدول من بطانة اهلها انها رات الحيض و تغتسل عند كل قرء و تصلي فقد انقضت عدتها قال له على رضي الله عنه قالون و معناه بالرومية احسنت و مذهب الشافعي رحمه الله تعال انها اثنان و ثلاثون و لحظتان ان وقع الطلاق في الطهر و سبعة و اربعون يوما و لحظة ان وقع في الحيض و قال ابوثور سبعة و اربعون و قال مالك في الجواهر اربعون و قال اسحاق بن راهوية و ابوعبيد ان كان لها اقراء معلومة تعرفها بطانة اهلها تصدق علي ما تشهد به و الا لاتصدق في اقل من ثلاثة أشهر و قالت الحنابلة تسعة و عشرون يوما ان قلنا اقل الطهر ثلاثة عشر و ان قلنا خمسة عشر تزداد اربعة ايام فيصير ثلاثة و ثلاثين الخ و لفظ المغنى فان قلنا هي (القروء) الحيض و اقل الطهر ثلاثة =>

و سنبينها في باب العدة.

لاتصدق في اقل من ثلاثة اشهر. الثامن: قالت الحنابلة اقله تسعة و عشرون يوماً قالوا هذا ان قلنا اقل الطهر ثلاثة عشر يوما فان قلنا خمسة عشر يوماً يزاد اربعة ايام فيكون ثلاثة و ثلاثين و صارت الاقوال(١) فيها احد عشر نوعا (و سنبينها في باب العدة أن شاء الله تعالى) اي سنبين تلك المدة في باب العدة. و قال الاترازي هذا وعد لم يتحقق بالانجاز و قال السغناقي في الحوالة وقعت غير رابحة لانه ما قال في عدة هذا الكتاب حتى تقع الحوالة غير رابحة و قال الاكمل(٢) في رد كلام السغناقي في الحوالة ورد من حيث اللفظ و المعنى. اما اللفظ فلان مثل هذا يسمى وعداً لا حوالة، فكان ينبغي ان يقول وعد غير منجز، و اما المعنى فانه لم يقل في باب العدة من هذا الكتاب، فيجوز ان يكون وعده منجزاً في باب العدة من كتاب آخر، انتهى. قلت الذي من جهة المعنى اخذه من شيخه الكاكي، و مع هذا لم يجب احد منهم عن هذا، و يمكن ان يقال انه وعد، و لكنه ذهل عن وفائه بسبب اشتغاله بغيره من الكتب.

=> عشر يوما فاقل ما تنقضي به العدة تسعة و عشرون يوما و لحظة و ان قلنا القرء الحيض و الطهر خمسة عشر يوما فاقل ما تنقضي به العدة ثلاثة و ثلاثون يوما تزيد اربعة ايام في الطهرين و ان قلنا القروء الاطهار و اقل الطهر ثلاثة عشر يوما فان عدتها تنقضي بثمانية و عشرين يوما و لحظتين و ان قلنا الطهر خمسة عشر يوما زدنا على هذا اربعة ايام في الطهرين فيكون اثنين و ثلاثين يوما و لحظتين و هذا قول الشافعي رحمه الله تعالى و قال النعمان (ابوحنيفة) رحمه الله تعالى لاتصدق في اقل من ستين يوما و قال صاحباه لاتصدق في اقل من تسعة و ثلاثين يوما الخ ملخصا. (١) صارت الاقوال فيها احد عشر نوعا و الظاهران ههنا سقطة فارجع الى عبارة المغنى المسطورة آنفا في الحاشية. (٢) الاكمل في العناية ص٣٩ ج٤ و قريب منه في فتح القدير.

باب الايلاء

و إذا قال الرجل لامرأته و الله لا اقربك، او قال و الله لا اقربك اربعة اشهر فهو مول

(باب الايلاء)

اي هذا باب في بيان حكم الايلاء، و هو مصدر من آلى يولي ايلاء، اي حلف، و الاسم الالية. قال الكاكي الايلاء(١) و الالية اليمين لغة، و جمعه الايا و جمع الالية اليات كركبة و ركبات و قال الجوهري الى يولى ايلاء، يعني حلف، و الالية اليمين لغة على فعيلة، و الجمع الايا و كذلك الالوة بتثليث الهمزة. قلت اصل الايلاء الاولاء قلبت الواو ياء لسكونها و انكسار ما قبلها. و في المرغيناني الحلف على الامتناع و الحلف اليمين على الفعل و القسم اليمين فيهما. ثم للايلاء تفسير(٢) شرعا و هو الحلف على ترك قربان المنكوحة اربعة اشهر فصاعداً، و شرط و هو كون اليمين معقوداً على المنكوحة، و اهل و هو ان يكون من اهل الطلاق و حكم و هو تعلقه بالحنث المتعلق بالكفارة، و مدة و هي اربعة اشهر عند الجمهور، على ما ياتي الخلاف فيه، و سبب و هو قيام المشاجرة و عدم الموافقة كما في سبب الطلاق الرجعي. و قال الاترازي كان القياس ان يذكر الخلع قبل الايلاء، لان الخلع نوع من الطلاق الا انه لما كان لغرض تباعد عن الطلاق فاخر عن الايلاء، و قدم الخلع عن الظهار لان الظهار منكر من القول و زور، و ليس الخلع كذلك، ثم قدم الظهار على اللعان، لان الظهار اقرب الى الاباحة من اللعان، بدليل ان سبب اللعان و هو القذف بالزنا لو اضيف الى غير الزوجة يجب الحد، و الموجب للحد معصية محضة بلاشائبة الاباحة (و اذا قال الرجل لامراته و الله لا اقربك او قال و الله لا اقربك اربعة اشهر فهو مول) اصله مولي فاعل اعلال قاض، و هنا صورتان، و هما قوله لا اقربك ابدا ففيها هو مول اجماعا و الثاني قوله لا اقربك اربعة اشهر ففيها هو مول عندنا، خلافاً(٣) للشافعي و مالك و احمد و اسحاق رحمهم

---

(١) الايلاء الخ و في لسان العرب مادة ألا - الالوة (بضم الهمزة و سكون اللام) و الالوة (بفتح الهمزة) و الالوة (بكسر الهمزة) و الالية (بفتح الهمزة و كسر اللام و فتح الياء المشددة) على فعيلة و الاليا (بفتح الهمزة و كسر اللام و تشديد الياء) كله اليمين و الجمع الايا قال الشاعر

قليل الالايا حافظ ليمينه و ان سبقت منه الالية برت

و رواه ابن خالويه قليل الالاء يريد الايلاء فحذف الياء و الفعل آلى يولى ايلاء حلف و تألى يتألى تأليا و أتلى ياتلى ايتلاء الخ و نحوه في الصحاح للجوهري مادة الا ص٢٢٧ ج٦. (٢) تفسير الخ و نحوه في الكفاية ص٤١ ج٤ و البدائع ص١٦١ ج٣ و الاوجز - الايلاء ص٣٤٧ ج٤ و المغنى ص٥٠٢ ج٨. (٣) خلافا للشافعي رحمه الله الخ راجع المغنى مع الشرح الكبير ص٥٠٥ ج٨ و الاوجز ص٣٤٧ ج٤ و التفسير الكبير ص٨٥ ج٦.

لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة شهر الآية(١) فان وطئها في الاربعة الاشهر حنث في يمينه و لزمته الكفارة، لان الكفارة موجب الحنث

الله تعالى فان عندهم لايكون مولياً حتى يحلف على اكثر من اربعة اشهر بناء على ان الفيئ عندهم بعد اربعة اشهر فلابد من مدة زائدة على اربعة اشهر حتي يزيد يوماً عند مالك و لحظة عند الشافعي رحمه الله تعالى و يرد قولهم ظاهر القرآن حيث لم يجعل التربص اكثر من اربعة اشهر و عشراً في عدة الوفاة و ثلاثة قروء في عدة الطلاق، فلايجوز الزيادة في هذين التربصين، فكذا في مدة الايلاء. ثم اعلم ان عند الائمة الاربعة و اصحابهم رحمهم الله تعالى و الجمهور الايلاء لايكون بغير يمين و لاتعليق، و عند ابن المسيب و يزيد بن الاصم من ترك جماع امراته بغير يمين يصير مولياً، نقله الرازي في احكام القرآن، و عن بعض العلماء لو حلف لأيكلمها يكون مولياً، و هذا كله شاذ مخالف للنص (لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر... الآية) اي اقروا، تمام الآية و هو فان فاءوا فان الله غفور رحيم و بعدها و ان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم قال الواحدي في كتاب اسباب نزول القرآن باسناده الى عطاء عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه قال كان ايلاء اهل الجاهلية السنة و السنتين او اكثر من ذالك فوقت الله تعالى اربعة اشهر فمن كان ايلاؤه اقل من اربعة اشهر فليس بايلاء، ثم حكي عن ابن المسيب(٢) انه قال كان الايلاء ضرار اهل الجاهلية، كان الرجل لايريد المرأة و لايحب ان يتزوجها غيره، فيحلف ان لايقر بها ابداً و كان يتركها كذالك لا ايما و لا ذات بعل، فجعل الله تعالى الاجل بما عند الرجل في المرأة اربعة اشهر، و انزل للذين يولون من نسائهم ... الآية. (فان وطئها في الاربعة الاشهر حنث في يمينه و لزمته الكفارة) اي كفارة اليمين (لان الكفارة موجب الحنث) و الايلاء حلف و قد حنث فيه فتلزمه الكفارة و في المبسوط. قال الشافعي رحمه الله تعالى لا كفارة عليه، و يحنث في يمينه، لان الله تعالى وعد المغفرة(٣) و بعد ما صار مغفوراً لاتجب الكفارة. قلنا المغفرة في الآخرة، فلاينافي وجوب الكفارة في الدنيا، و لكن هذا في قوله القديم، و في الجديد يجب الكفارة و هو الاصح كمذهبنا، و به قال مالك و احمد رحمهم الله تعالى و

---

(١) الآية - البقرة ٢٢٦. (٢) عن ابن المسيب الخ و في التفسير الكبير قال سعيد بن المسيب رحمه الله تعالى كان الرجل لايريد المراة و لايحب ان يتزوجها غيره فيحلف ان لايقربها فكان يتركها كذالك لا ايما و لا ذات بعل و الغرض منه مضارة المرأة ثم ان اهل الاسلام كانوا يفعلون ذالك ايضا فازال الله تعالى ذالك و امهل للزوج مدة حتى يتروى و يتامل فان راى المصلحة في ترك هذه المضارة فعلها و ان راى المصلحة في المفارقة عن المراة فارقها انتهى. (٣) وعد المغفرة الخ كذا في الكفاية ص٤٢ ج٤ عن المبسوط. ٢٠ ج٧.

و سقط الايلاء، لان اليمين ترتفع بالحنث و ان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بتطليقة، و قال الشافعي رحمه الله تعالى تبين بتفريق القاضي،

الجمهور. و قال الحسن البصري لا كفارة عليه في ذلك، و قال قتادة خالف الحسن الناس (و سقط الايلاء، لان اليمين ترتفع بالحنث) و هذا بالاجماع (و ان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بتطليقة) بائنة و هو قول جابر(١) بن زيد و مسروق و شريح و عطاء و الحسن البصري و ابراهيم النخعي و عامر الشعبي و عبدالرحمن الاوزاعي و سفيان الثوري و قبيصة بن ذويب و عكرمة و علقمة و ابن جريج و ابن ابي ليلى. و فيهم من قال يقع طلقة رجعية، و هو قول سعيد بن المسيب و ابي بكر بن عبدالرحمن بن الحارث بن هشام و مكحول و الزهري، هكذا في الاشراف و في المحلى هذا عن ثلاثة لا غير، و هم الزهري و مكحول و ابوبكر المذكور. (و قال الشافعي رحمه الله تعالى تبين) منه (بتفريق القاضي) يعني(٢) يتوقف بعد مضي المدة، واذا أبى من

---

(١) و هو قول جابر بن زيد الخ راجع الاوجز ص٣٤٨ ج٤. (٢) يعني الخ و في الفتح ص٤٢ ج٤ لم يقل الشافعي تبين بل قال يقع رجعيا سواء طلق الزوج بنفسه او الحاكم و به قال مالك و احمد الخ قال الشيخ المحدث ظفر احمد العثماني قدس سره في اعلاء السنن و حاشيته ص٢٢١ الى ص٢٢٨ ج١١ باب ان الايلاء طلقة بائنة بعد مضي المدة و تعتد عدة المطلقة اخرج الطبري بسند صحيح عن ابن مسعود و بسند آخر: "لابأس به عن علي رضي الله تعالى عنه ان مضت اربعة اشهر و لم يفيء طلقت طلقة بائنة" و بسند حسن عن علي رضي الله عنه و زيد بن ثابت مثله (فتح الباري، ٩ : ٣٧٧) و عن جماعة من التابعين من الكوفيين و من غيرهم كابن الحنفية و قبيصة بن ذؤيب و عطاء و الحسن و ابن سيرين مثله (فتح) اخرج ابن ابي شيبة بسند صحيح عن ابي قلابة ان النعمان بن بشير آلى من امرأته فقال ابن مسعود رضي الله عنه اذا مضت اربعة اشهر فقد بانت منه بتطليقة (فتح الباري ٩ : ٣٧٧) قال صاحب الاستذكار: لم يختلف فيه عن ابن مسعود و هو مذهبه المحفوظ عنه (الجوهر النقي ٢ : ١٢٣) عن علقمة قال: آلى ابن انس من امراته فلبث ستة اشهر فبينما هو جالس في المجلس اذ ذكر فاتى ابن مسعود فقال اعلمها انها قد ملكت امرها الى آخره. رواه ابن ابي شيبة و سنده صحيح (الجوهر النقي ٢ : ١٢٢) و رواه الطبراني عن ابراهيم عن ابن مسعود بلفظ: قد بانت منك فاخطبها الى نفسها و اصدقها رطلا من فضة و اسناده رجاله رجال الصحيح الا انه منقطع (مجمع الزوائد ١١٣) و مراسيل ابراهيم صحاح كما مر غير مرة. و رواه محمد في الآثار (٧٩) عن ابي حنيفة عن حماد عن ابراهيم و سياقه اتم. قال ابن ابي شيبة ثنا وكيع عن شعبة عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس قال "عزيمة الطلاق انقضاء الاربعة الاشهر، و الفيء الجماع". و هذا اسناد صحيح (الجوهر النقي ٢ : ١٢٣) و اخرج نحوه ابوحنيفة عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس (جامع مسانيد الامام ١٤٦) روى عبد الرزاق في مصنفه ثنا معمر عن عطاء الخراساني عن ابي سلمة بن عبدالرحمن:=>

الفيء و الفرقة فرق القاضي بينهما اذا طلبت المرأة و كان تفريقها تطليقة رجعية. و في المبسوط

=> ان عثمان بن عفان و زيد بن ثابت كانا يقولان في الايلاء "اذا مضت اربعة اشهر فهي تطليقة واحدة، و هي احق بنفسها و تعتد عدة المطلقة" (زيلعي ٢ : ٣٩) و رجاله رجال مسلم، و ابوسلمة هذا لم يسمع من عثمان عند بعضهم و ثبت سماعه منه عند بعضهم : و الاختلاف لايضر اخبرنا معمر عن قتادة "ان عليا و ابن مسعود و ابن عباس قالوا: اذا مضت اربعة اشهر فهي تطليقة، و هي احق بنفسها، و تعتد عدة المطلقة" رواه عبدالرزاق في مصنفه (زيلعي ج٢ ص٣٩) و رجاله رجال الجماعة. و قتادة لم يسمع منهم و لكن الانقطاع لايضر عندنا لاسيما، و الروايات عن كل واحد منهم وردت موصولة ايضا، كما مر فتذكر. اخرج الطبري عن سعيد بن المسيب و الحسن و عكرمة "الفيء الرجوع بالقلب و اللسان لمن به مانع عن الجماع، و في غيره بالجماع" و من طريق اصحاب ابن مسعود منهم علقمة مثله. و من طريق الحكم عن مقسم عن ابن عباس: الفيء الجماع" و عن مسروق و سعيد بن جبير و الشعبي مثله. و الاسانيد بكل ذلك عنهم قوية (فتح الباري ٩ : ٣٧٥) و اخرج سعيد بن منصور من طريق مسروق: "اذا مضت الاربعة بانت بطلقة، و تعتد بثلاث حيض" و اخرج اسمعيل من وجه آخر عن مسروق عن ابن مسعود مثله (فتح الباري ٩ : ٣٧٧) عن ابي موسى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في الذي يولى من امراته "إن شاء راجعها في الاربعة اشهر فان هو عزم الطلاق فعليها ما على المطلقة من العدة" رواه الطبراني و فيه يوسف بن خالد السمتي و هو ضعيف (مجمع الزوائد ٥ : ١٠) و ذكرناه اعتضاداً اخبرنا ابوحنيفة قال: حدثنا عمرو بن مرة عن ابي عبيدة عن عبدالله بن مسعود، قال: "اذا آلى الرجل من امرأته فمضت اربعة اشهر بانت بتطليقة، و كان خاطبا يخطبها في العدة، و يخطبها في عدتها غيره" رواه محمد في الآثار (٨٠) و سنده صحيح و قال الدارقطني (٢ : ٣٦١) "ابوعبيدة أعلم بحديث ابيه و بمذهبه و فتياه من خشف بن مالك و نظرائه" الخ و رواه ابن ابي شيبة عن جرير عن المغيرة عن النخعي عن ابن مسعود، و مراسيل النخعي صحيحة (الجوهر النقي ٢ : ١٢٢) ثنا وكيع عن الاعمش عن حبيب هو ابن ابي ثابت عن سعيد بن جبير عن ابن عمر و ابن عباس، قالا: "اذا آلى فلم يفئ حتى يمضي الاربعة الاشهر فهي تطليقة بائنة" و قال ايضا: ثنا ابن فضيل عن الاعمش فذكر بسنده بمعناه، و الاسنادان صحيحان (الجوهر النقي ٢ : ١٢٣) قوله "اخرج الطبري" الخ قال المؤلف دلالته على الجزء الاول من الباب ظاهرة و اختلفت الروايات عن علي رضي الله عنه ففي فتح الباري (٩:٣٧٨) "اخرج سعيد بن منصور من طريق عبدالرحمن بن ابى ليلى: شهدت عليا رضي الله عنه اوقف رجلا عند الاربعة بالرحبة اما ان يفئ و اما ان يطلق. و سنده صحيح" الخ قلت: و لكن اكثر الروايات عن علي يوافق مذهب ابن مسعود. قال ابن ابي شيبة حدثنا حفص و يزيد بن هارون عن سعيد عن قتادة عن الحسن عن علي، قال: "اذا مضت اربعة اشهر فهي تطليقة بائنة" (و هذا سند صحيح غير ما في سماع الحسن من علي، و قد حققنا فيما مضي ان سماعه منه ثابت) و قال ابن حزم "روينا من طريق حماد بن سلمة عن قتادة عن خلاس بن عمرو، ان =>

تطليقة بائنة، قال الكاكي و ما وجدت ذلك في كتبهم الا عند مالك لا رجعة له عليها الا ان

=> عليا قال اذا مضت الاربعة الاشهر فقد بانت منه، و لا يخطبها غيره" (و هذا سند صحيح ايضا غير ما في سماع خلاس من علي، و قد اثبته بعضهم و قال كان على شرطة علي) و قال الطحاوي في احكام القرآن ثنا ابراهيم بن مرزوق ثنا وهب بن جرير ثنا شعبة عن سماك بن حرب عن عطية بن جبير عن ابيه عن علي "انها تطلق بمضي المدة" و عطية هذا ذكره ابن حبان في الثقات، كذا في الجوهر النقي (٣: ١٢٣) فالراجح الصحيح من مذهب علي ما تواطا على نقله الجماعة، دون ما رواه عبدالرحمن بن ابى ليلى عنه. و الله تعالى اعلم. قوله "اخرج ابن ابي شيبة" الخ قال المولف دلالته على الجزء الاول من الباب ظاهرة. قوله عن علقمة الخ قال المولف دلالته على الجزء الاول من الباب ظاهرة. قوله "قال ابن ابي شيبة" الخ قال المؤلف دلالته على الجزء الاول من الباب ظاهرة. حيث جعل انقضاء المدة طلاقا معزوما عليه. قوله "روى عبدالرزاق" الخ قال المؤلف و في فتح الباري (٩ : ٣٧٨) "أما قول عثمان فوصله الشافعي و ابن ابي شيبة و عبدالرزاق من طريق طاؤس، ان عثمان بن عفان كان يوقف المولى، فاما ان يفئ و اما ان يطلق. و في سماع طاؤس من عثمان نظر، لكن قد اخرجه اسماعيل القاضي في الاحكام من وجه آخر منقطع عن عثمان انه كان لايرى الايلاء شيئا و ان مضت اربعة اشهر حتى يوقف. و من طريق سعيد بن جبير عن عمر نحوه. و هذا منقطع ايضا. و الطريقان عن عثمان يعضد احدهما الآخر، و جاء عن عثمان خلافه" الخ ثم ذكر حديث ابي سلمة ثم قال "و قد سئل احمد عن ذالك فرجح رواية طاؤس" الخ. قلت ان كان اراد الترجيح من حيث الاسناد فلانسلم ان سندين منقطعين اولى من واحد موصول. و ان كان اراد من حيث الدراية فلانسلم ترجيح القول بايقاف المولى فان القائلين بالوقف يثبتون هناك معانى أخر غير مذكورة في الآية، اذا كانت الآية انما اقتضت احد شيئين من فيء او طلاق. و ليس فيها ذكر مطالبة المراة، و لا وقف القاضي الزوج على الفيء او الطلاق. فلم يجز لنا ان نلحق بالآية ما ليس فيها، و لا ان نزيد فيها ما ليس منها. و القول بالوقف يؤدي الى ذلك، و لا يوجب الاقتصار على موجب حكم الآية، و قولنا يوجب الاقتصار عليه من غير زيادة فكان اولى و معلوم ايضا ان الله تعالى انما حكم في الايلاء بهذا الحكم لايصال المراة الى حقها من الجماع او الفرقة، على معنى قوله تعالى: "فامساك بمعروف او تسريح باحسان" و من قال بالوقف يقول: ان لم يفئ امره بالطلاق. فاذا طلق لم يخل من ان يجعله بائنا او رجعيا. فان جعله بائنا فان صريح الطلاق لايكون بائنا عند احد فيما دون الثلاث. و ان جعله رجعيا فلاحظ للمراة في ذلك، لانه متى شاء راجعها. فتكون امراته كما كانت، فلامعنى لالزامه طلاقا لا تملك به المراة بضعها، و تصل به الى حقها. (احكام القرآن للجصاص ملخصا ١: ٣٦٢) فظاهر الآية موافق للحنفية خلاف ما قاله الامام الشافعي بما نصه "ظاهر كتاب الله تعالى على انه له اربعة اشهر، و من كانت له اربعة اشهر اجلا فلاسبيل عليه فيها حتى تنقضي. فاذا انقضت فعليه احد امرين، اما ان يفئ، و اما ان يطلق. فلهذا قلنا لايلزمه الطلاق بمجرد مضي المدة حتى يحدث رجوعا او طلاقاً. =>

يطاها و لا يطلقها الحاكم ثنتين او ثلاثا او يفسخ النكاح. و قال احمد للحاكم ان يطلقها رجعية

=> ثم رجح قول الوقف بان اكثر الصحابة قال به" الخ (فتح الباري ٩ : ٣٧٨) و الجواب ان قد علمنا ان حكم الله في المولى احد شيئين اما الفيء و اما عزيمة الطلاق. فوجب ان يكون الفيء مقصوراً على الاربعة الاشهر، و انه فائت بمضيها فتطلق، لانه لو كان الفئ باقياً لما كان مضي المدة عزيمة للطلاق، بل يحتاج الى الوقف الذي يقتضى ايقاع طلاق بالقول اما ان يوقعه الزوج و اما ان يطلقها القاضي عليه. و اذا كان كذلك كان وقوع الفرقة بمضي المدة لتركه الفيء فيها اولى بمعنى الآية، لان الله تعالى لم يذكر ايقاعاً مستانفاً. و انما ذكر عزيمة، فغير جائز ان نزيد فيها ما ليس منها. و ايضا فان الفاء في قوله فان فاءوا للتعقيب يقتضى ان يكون الفيء عقب اليمين دون ما بعد اربعة اشهر، لانه جعل الفيء لمن تربص له اربعة اشهر دون من قد مضت عليه اربعة اشهر. و اذا كان حكم الفيء مقصورا على المدة ثم فات بمضيها وجب حصول الطلاق. اذ غير جائز له ان يمنع الفيء و الطلاق جميعاً. و يدل على ان المراد الفيء في المدة اتفاق الجميع على صحة الفيء فيها، فدل على انه مراد فيها. فصار تقديره فان فاؤا فيها. و كذلك قرئ في حرف عبدالله بن مسعود، فحصل الفئ مقصوراً عليها دون غيرها، و تمضى المدة بفوت الفئ، و اذا فات الفئ حصل الطلاق لايقال ان قوله "فان فاؤا" عطف على التربص في المدة، فدل على ان الفيء مشروط بعد التربص و بعد مضي المدة، و انه متى فاء فيها فانما عجل حقا لم يكن عليه تعجيله، كمن عجل دينا مؤجلا. لانا نقول لو لا ان الفيء في المدة مراد الله تعالى لما صح وجوده فيها، و كان يحتاج بعد هذا الفيء الى فيء بعد مضيها. ثم قولك: ان المراد بالفيء انما هو بعد المدة مع قولك: ان الفيء في المدة صحيح كهو بعدها، مناقضة منك في اللفظ، كقولك انه مراد في المدة غير مراد فيها. و الدين المؤجل لايخرجه التاجيل من حكم اللزوم، و لو لا ذلك لما صح البيع بثمن مؤجل، و متى عجله و اسقط الاجل كان ذلك من موجب العقد، الا انه مخالف للفيء في الايلاء من قبل ان فوات الفيء يوجب الطلاق، و اذا كان الفيء مرادا في المدة فواجب ان يكون فواته فيها موجبا للطلاق، لكونه نظير التربص في قوله "و المطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء" فلما كانت البينونة واقعة بمضى الاقراء وجب ان يكون كذلك حكم التربص في الايلاء. و المعنى الجامع بينهما ذكر التربص في كل واحدة من المدتين و ايضا: فلو وقفنا المولي لحصل التربص اكثر من اربعة اشهر، و ذلك خلاف الكتاب و لو غاب المولى عن امراته سنة او سنتين و لم ترفعه المراة و لم تطالب بحقها لكان التربص غير مقدر بوقت. و ذلك خلاف الكتاب الخ ملخصا من احكام القرآن (١ : ٣٦٠) قوله "اخبرنا معمر" الخ. قال المولف دلالة الاثر على جزئى الباب ظاهرة و في البخاري "و يذكر ذلك (اي ايقاف المولى) عن عثمان و علي و ابي الدرداء و عائشة و اثنى عشر رجلا من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم" و في فتح الباري (٩ : ٣٧٨) "و اما قول ابي الدرداء فوصله ابن ابي شيبة و اسمعيل القاضي من طريق سعيد بن المسيب ان ابا الدرداء قال يوقف في الايلاء عند انقضاء الاربعة. فاما ان يطلق و اما ان يفئ و سنده صحيح ان ثبت سماع =>

او بائنة او ثنتين او ثلاثا او يفسخ النكاح، و المختار عنده ان يطلقها رجعية كما قال الشافعي و

=> سعيد بن المسيب من ابي الدرداء. و اما قول عائشة فاخرج عبدالرزاق عن معمر عن قتادة ان ابا الدرداء و عائشة قالا فذكر مثله، و هذا منقطع. و اخرجه سعيد بن منصور بسند صحيح عن عائشة بلفظ انها كانت لاترى حتى يوقف. و للشافعي عنها نحوه، و سنده صحيح ايضا. و اما الرواية بذلك عن اثنى عشر رجلا من الصحابة، فاخرجها البخاري في التاريخ من طريق عبد ربه بن سعيد عن ثابت بن عبيد مولى زيد بن ثابت عن اثنى عشر رجلا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا الايلاء لا يكون طلاقا حتى يوقف" الخ. قلت ان كان ثابت بن عبيد مولى زيد بن ثابت هو الانصاري فلم يثبت لقاؤه، و لا سماعه من اثنى عشر صحابياً. و جميع من لقيه من الصحابة سبعة، كما ذكره الحافظ في التهذيب، قال و فرق ابو حاتم بين ثابت بن عبيد الانصاري و بين مولي زيد بن ثابت، و كذا فرق بينهما ابن حبان، و مولى زيد بن ثابت لم يرو عنه الا عبد ربه بن سعيد (فهو مجهول على اصل الشافعي وغيره من المحدثين لايجوز لهم الاحتجاج بحديثه) و اما الانصاري فقد روى عنه الاعمش و الثوري و غيرهما، و لكنه لايروى الا عن سبعة من الصحابة كما يظهر من تهذيب التهذيب (٢ : ٩) هذا و قد رواه الإسماعيل من طريق يحيى بن سعيد الانصاري عن سليمان بن يسار. قال ادركت بضعة عشر رجلا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا: الايلاء لايكون طلاقا حتى يوقف. و اخرج الدارقطني من طريق سهل بن ابي صالح عن ابيه انه قال: سالت اثنى عشر رجلا من الصحابة فذكر مثله. كذا في فتح الباري (٩ : ٣٧٨) و هذان شاهدان قويان لاثر مولى زيد بن ثابت، فصح الاحتجاج به. و لكنا اخذنا بقول عمر و ابن مسعود و علي و زيد بن ثابت ان مضي الاربعة تطليقة بائنة، لكون ذلك موافقا لظاهر القرآن كما مر على قاعدته التي ذكرها مراراً، و كفى بهم قدوة، و لكل وجهة هو موليها، و الله تعالى اعلم. و في الزيلعي (٢ : ٣٩) "ثم اخرج (اي الامام احمد) عن ابن اسحاق حدثني محمد بن مسلم بن شهاب عن سعيد بن المسيب و ابي بكر بن عبدالرحمن ان عمر بن الخطاب كان يقول اذا مضت اربعة اشهر في تطليقة و هو املك بردها مادامت في عدتها انتهى. و ابن اسحاق صرح فيه بالتحديث" الخ. قلت هذا اسناد رجاله رجال الصحيح. قال بعض الناس "فهذا الاثر الاخير يدل على انها رجعية" و بقية الآثار على ان الايلاء ليس بطلاق" قلت معنى قوله "هو املك بردها" انه يجوز له خطبتها في العدة لايخطبها في العدة غيره، كما قاله ابن مسعود و لفظه ما رواه ابوحنيفة رحمه الله تعالى عن عمرو بن مرة عن ابي عبيدة عنه قال "اذا آلى الرجل من امراته فمضت اربعة اشهر بانت بتطليقة، و كان خاطباً في العدة لايخطبها في العدة غيره" (الجوهر النقي ٢ : ١٢٢) فهذا معنى قول عمر "هو املك بردها ما دامت في العدة" و قد مر ان الايلاء عند ابن مسعود و زيد بن ثابت و ابن عباس طلقة بائنة، فرجحناه لانه اقرب الى الفقه. قال صاحب الهداية (٢ : ٣٨١) "و لنا انه ظلمها بمنع حقها، فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة" قال في الجوهر النقي بعد ذكر الآثار الموافقة لمذهبنا معشر الحنفية، ما نصه: "فظهر بهذا =>

لانه مانع حقها في الجماع، فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب و العنة.

مالك رحمهما الله تعالى و قالت الظاهرية لايطلق الحاكم و تطليقه بائن، و لكن يجبره بسوط و يحبسه الى ان يفيء او يطلقها، و به قال الشافعي في القديم. و قال ابوثور يطلقها الحاكم طلقة بائنة اذ لا فائدة في الرجعة، فانه لا يراجعها و يعود الامر فصار كفرقة العنة. (لانه) اي لان المولى (مانع حقها في الجماع) اي ثبوت الايلاء بقصده الاضرار و التعنت منع حقها في الجماع (فينوب القاضي منابه في التسريح) بالاحسان (كما في الجب و العنة) اي ينوب القاضي منابه

=> ان هذا القول قد صح عن اكثر من واحد و اثنين من الصحابة. (فيه رد على الشافعي رحمه الله تعالى حيث قال: اما ما رويت فيه عن ابن مسعود فمرسل، و حديث ابن بذيمة عن ابي عبيدة عن مسروق عن عبدالله لم يسنده غيره، يعني لم يوصله. و لو ثبت لكان قول بضعة عشر من الصحابة اولى من قول واحد او اثنين) و في الاشراف لابن المنذر كذا قال ابن عباس و ابن مسعود (اي و عمر ايضا، كما رويناه عنه بسند صحيح في الحاشية) و روى ذلك عن عثمان و زيد بن ثابت و ابن عمر. و قال صاحب الاستذكار هو قول ابن عباس و ابن مسعود و زيد بن ثابت، و رواية عن عثمان و ابن عمر و هو قول ابي بكر بن عبدالرحمن و هو الصحيح عن ابن المسيب، و لم يختلف فيه عن ابن مسعود. و قاله الاوزاعي و مكحول و الكوفيون ابوحنيفة و اصحابه و الثوري و الحسن بن صالح، و به قال عطاء و جابر بن زيد و محمد بن الحنفية و ابن سيرين و عكرمة و مسروق و قبيصة بن ذويب و الحسن و النخعي. و ذكره مالك عن مروان بن الحكم، و اخرج ابن ابي شيبة عن ابي سلمة و سالم اذا مضت المدة فهي تطليقة" الخ. ملخصا (٢ : ١٢٣) و اما ما نقله ابن المنذر عن بعض الائمة قال "لم نجد في شيء من الادلة ان العزيمة على الطلاق تكون طلاقاً و لو جاز لكان العزم على الفيء يكون فيئا و لا قائل به و كذلك ليس في شيء من اللغة ان اليمين التى لاينوى بها الطلاق تقتضى طلاقا" الخ من فتح الباري (٩ : ٣٧٩) ففيه انا قد وجدنا في النص ان مضى مدة التربص يقتضى البينونة من غير وقف، لقوله تعالى "و المطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء" فوجب ان يكون كذلك حكم التربص في الايلاء. فكما اقيم مضى ثلاثة قروء مقام ابانة الرجل امراته كذلك اقيم مضي مدة التربص في الايلاء مقامه، و العزم كما يطلق على القصد كذلك يطلق على شد الامر و الجد فيه، كقوله "ان ذلك من عزم الامور" و قوله "كما صبر اولو العزم من الرسل" و الشدة في الطلاق و الجد فيه تقتضى البينونة، سواء كانت بالقول كقوله فانت طلاق و الطلاق عزيمة، او بالفعل لمضى ثلاثة قروء لم يتخللها رجعة فافهم. فقد اندحض به قوله "و لو جاز لكان العزم على الفيء" الخ. و ايضا فان الفيء عن اليمين هو الحنث فيها، و لايكون حانثا الا بفعل ما حلف على تركه، و الايلاء هو الحلف على ترك جماع الزوجة اربعة اشهر فصاعدا، فلايكون فائيا الا بفعل الجماع، الا ان يكون عاجزاً عنه لبعد المسافة او لمرض يعوقه عنه، ففيئه بالقول كما ذكره الفقهاء. و اما قوله "و كذلك ليس في شيء من اللغة" الخ. ففيه ان ذلك ليس من مسائل اللغة، بل من مسائل الشرع السمعية. و قد وجدنا في الشرع ان مضى مدة التربص يقتضى البينونة، فلابدع في =>

ولنا انه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة و هو الماثور عن عثمان و علي و العبادلة الثلاثة

في التفريق فيما اذا وجدت زوجها مجبوباً او عنيناً. وجه القياس دفع الضرر عنها عند فوت الامساك بالمعروف (و لنا انه ظلمها بمنع حقها) و المستحق عليه و هو الوطء في المدة (فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة) تخليصاً لها عن ضرر التعليق و لا يحصل التخليص، بالرجعي فوقع بائناً، و لان الايلاء كان طلاقاً بائناً على الفور في الجاهلية، بحيث لايقربها الزوج بعد الايلاء ابداً فجعله الشرع مؤجلا بقوله تعالى تربص اربعة اشهر الى انقضاء المدة، فحصلت الاشارة الى ان الواقع بالايلاء بائن لكنه مؤجل (و هو الماثور) اي مذهبنا، و هو وقوع البينونة بعد مضي مدة الايلاء مروي (عن عثمان و علي) اما الماثور عن عثمان رضي الله تعالى فقد رواه عبدالرزاق(١) في مصنفه حدثنا معمر عن عطاء الخراساني عن ابي سلمة بن عبدالرحمن ان عثمان بن عفان و زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنهما كانا يقولان في الايلاء اذا مضت اربعة اشهر فهي تطليقة واحدة، و هي احق بنفسها و تعتد عدة المطلقة (و العبادلة الثلاثة) و هم عند الفقهاء عبدالله بن مسعود و عبدالله بن عباس و عبدالله بن عمر رضي الله تعالى عنهم، و عند المحدثين هم اربعة ابن عمر و ابن عباس و ابن الزبير و ابن عمرو رضي الله تعالى عنهم و لم يذكروا فيهم عبدالله بن مسعود، لانه من كبار الصحابة، فلايدخل فيهم كذا في المغرب(٢) و قال الاترازي و فيه نظر، لان مالكاً رحمه الله تعالى حدث في الموطا(٣) عن جعفر بن محمد عن ابيه عن علي بن ابي طالب رضي الله تعالى عنه انه كان يقول اذا آلى الرجل من امراته لم يقع عليه طلاق و ان مضت الاربعة الاشهر حتى يوقف، فاما ان يطلق، و اما ان يفي، و كذالك روى البخاري(٤) في الصحيح انه لايقع الطلاق، حتى يطلق، و نقل ذلك عن عثمان و علي و ابن عمر و ابي الدرداء و عائشة، و اثني عشر رجلا من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم و رضي الله تعالى عنهم فعلم ان عثمان و عليا و ابن عمر ليس كما قال صاحب الهداية،

=> اقتضاء مضي هذه المدة البينونة في الايلاء، فافهم و الله تعالى اعلم. (١) عبدالرزاق في مصنفه الايلاء باب انقضاء الاربعة ص٤٥٤ ج٦ و البيهقي في سننه باب من قال عزم الطلاق انقضاء الاربعة الاشهر ص٣٧١ ج٧ و التفصيل في نصب الراية باب الايلاء ص٢٤١ ج٣ و فتح القدير ص٤٤ ج٤ و اعلاء السنن باب الايلاء ص٢٢١ ج١١ و الاوجز ص٣٤٨ ج٤ و فتح الباري ص٥٣١ ج٩ و عمدة القاري ص٢٧٥ ج٢٠ باب قول الله تعالى للذين يؤلون من نسائهم الآية. (٢) المغرب ص٣٩ ج٢ و فيه و هي (العبادلة) اما جمع عبدل في معنى عبد كزيدل في زيد او اسم جمع غير مبنى على واحدة انتهى. (٣) المؤطا الايلاء ص٥١٣. (٤) البخاري باب قوله تعالى =>

و زيد بن ثابت رضوان الله عليهم اجمعين، و كفى بهم قدوة، و لانه كان طلاقاً في الجاهلية فحكم الشرع بتأجيله الى انقضاء المدة فان كان حلف على اربعة اشهر فقد سقطت اليمين لانها كانت موقتة به و ان كان حلف على الابد فاليمين باقية لانها مطلقة و لم يوجد الحنث لترتفع به، الا انه لايتكرر الطلاق قبل التزوج،

على ما قال البخار، انتهى. قلت روى ابن ابي شيبة(١) في مصنفه، حدثنا ابو معاوية عن الاعمش عن حبيب عن سعيد بن جبير عن ابن عباس و ابن عمر رضي الله تعالى عنهم قالا اذا آلى فلم يفئ حتى تمضى الاربعة الاشهر فهي تطليقة بائنة، و اخرج نحوه عن ابن الحنفية و الشعبي و النخعي و مسروق و الحسن و ابن سيرين و قبيصة و سالم و ابي سلمة رضي الله تعالى عنهم، انتهى. قلت قد علم ان الذي قاله صاحب الهداية عن ابن عمر مثل ما قاله، و كذلك الذي قاله عن عثمان و علي مثل ما قاله، كما مر الآن عن عبدالرزاق (و زيد بن ثابت رضوان الله عليهم اجمعين) و قد مر الآن عن عبد الرزاق الذي رواه زيد بن ثابت بن الضحاك الانصاري كاتب وحي النبي صلى الله عليه وسلم (و كفى بهم قدوة) اي كفى بالمذكورين من عثمان و علي و العبادلة و زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنهم اقتداء، و كذالك غيرهم من الصحابة و التابعين لاصحابنا (و لانه) اي و لان الايلاء (كان طلاقاً في الجاهلية، فحكم الشرع بتاجيله الى انقضاء المدة) المذكورة في النص، فان فاء في المدة حنث في يمينه و تلزمه الكفارة و الا تقع طلقة بائنة بمضي المدة كما مر بيانه (فان كان حلف على اربعة اشهر) اي فان كان الرجل حلف و قال و الله لا اقربك اربعة اشهر، و هذا تفصيل حكم الايلاء على تقدير عدم الوطء في المدة، و هو ان يقال لايخلو من احد الامرين احدهما ان يحلف على اربعة اشهر فمضت المدة (فقد سقطت اليمين، لانها كانت موقتة به) اي بحلف على اربعة اشهر، و الآخر هو قوله (و ان كان حلف على الابد) بان قال و الله لا اقربك ابداً، او قال و الله لا اقربك فقط بدون ذكر الابد و مضت المدة و وقعت البينونة (فاليمين باقية لانها مطلقة) اي لان اليمين مطلقة عن الوقت، فكان مؤبداً (و لم يوجد الحنث) يعني الموجب للحنث، و هو الوطء (لترتفع به) اي لترتفع اليمين بالحنث، لانها كانت مؤبدة فبقيت على حالها (الا انه لايتكرر الطلاق) استثناء من قوله - و اليمين باقية لعدم الحنث - حتى اذا وجد الوطء بعد الوطء يلزمه الكفارة، لكنه لايتكرر الطلاق بمضي المدة الاخرى (قبل) وجود (التزوج) و ان كانت في العدة بان كانت ممتدة الطهر مثلا. قال الكاكي(٢) هذا احتراز عن

=> للذين يؤلون من نسائهم الآية ص٧٩٧ ج٢. (١) ابن ابي شيبة عنوان ما قالوا في الرجل يولى ص١٣٨ ج٥.
(٢) الكاكي الخ و كذا في فتح القدير ص٤٦ ج٤ و لفظه و به قال ابو سهل الشرغي و عليه مشى المرغيناني =>

لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة فان عاد فتزوجها عاد الايلاء، فان وطئها و الا وقعت بمضي اربعة اشهر تطليقة اخرى، لان اليمين باقية لاطلاقها، و بالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم و يعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج، فان تزوجها ثالثاً عاد الايلاء و وقعت بمضي اربعة اشهر اخرى ان لم يقربها لما بيناه، فان تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق لتقيده

قول ابي سهل الشرغي، فانه قال ينعقد اليمين بعد مضي اربعة اشهر اخرى قبل انقضاء عدتها و تقع تطليقة بمضيها، و كذا الثالثة لان معنى الايلاء كلما مضت اربعة اشهر و لم اقربك فيها فانت طالق. و لو صرح بها كان الحكم فيه ما بيناه، فكذا هذا و قال الاترازي و قال الشيخ النسفي في شرح الجامع الكبير، و لا نص في هذه المسالة يعني عن ابي حنيفة و ابي يوسف و محمد. و اختلف مشايخنا فيها، كان الشيخ ابوبكر الاعمش و الفقيه محمد بن ابراهيم الميداني و الفقيه الجليل ابن احمد العياضي و الشيخ ابوالحسن الكرخي و الشيخ الامام ابوبكر محمد بن الفضل و الفقيه ابواسحاق الحافظ يقولون لايتكرر الطلاق على المولى منها، و ان تكررت المدة و هو في العدة. و قال الفقيه ابن سهل يتكرر الطلاق بتكرر المدة، و قدمنا كلامه. فاما وجه هولاء فقد اشار اليه المصنف بقوله (لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة) اذ لا حق لها في الجماع بعد البينونة، فلايكون الرجل ظالما (فان عاد فتزوجها) اي و ان عاد هذا الرجل و تزوج هذه المراة بعد البينونة بمضي اربعة اشهر، و بعد انقضاء عدتها (عاد الايلاء، فان وطئها) في المدة (و الا وقعت بمضي اربعة اشهر تطليقة اخرى، لان اليمين باقية لاطلاقها و بالتزوج ثبت حقها) و هو الوطء، و قد منع الزوج ذلك لبقاء يمينه (فيتحقق الظلم) فيزال بالطلاق البائن (و يعتبر ابتداء هذا الايلاء) اي الايلاء الثاني (من وقت التزوج) قيل(١) هذا احتراز عما اذا تزوجها قبل انقضاء العدة فان ذلك الايلاء يعتبر من وقت الطلاق لا من وقت التزوج، كذا ذكره التمرتاشي. (فان تزوجها ثالثا) قال الاترازي و في بعض النسخ(٢) ثانياً، و لكل وجه. اما الاول فبالنظر الى التزوج قبل الايلاء. و اما الثاني فبالنظر الى التزوج بعد الايلاء. (عاد الايلاء و وقعت بمضي اربعة اشهر اخرى) اي طلقة اخرى (ان لم يقربها لما بيناه) اشار به الى قوله، لان اليمين باقية لاطلاقها، و بالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم (فان تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق لتقيده

=> و صاحب المحيط الخ. (١) قيل الخ كذا في العناية ص٤٦ ج٤. (٢) و في بعض النسخ الخ و نحوه في العناية لكن لفظه تزوجها ثانيا و في بعض النسخ ثالثا الخ.

بطلاق هذا الملك و هي فرع مسألة التنجيز الخلافية و قد مر من قبل و اليمين باقية لاطلاقها و عدم الحنث، فان وطئها كفر عن يمينه لوجود الحنث، فان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن مولياً لقول ابن عباس رضي الله عنه لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر،

بطلاق هذا الملك) لانه بمنزلة التعليق بعدم القربان، و تعليق الطلاق ينحصر في طلاق ذلك الملك الذي حصل فيه التعليق (و هي) اي هذه المسالة (فرع مسألة التنجيز الخلافية) فانه يبطل التعليق عندنا، خلافاً لزفر (و قد مر من قبل) اي في باب الايمان في الطلاق قال في المبسوط(١) و اذا آلى الرجل من امراته لايقربها ثم طلقها ثلاثا يبطل الايلاء عندنا، خلافا لزفر رحمه الله تعالى لان الايلاء طلاق مؤجل، فانما ينعقد على التطليقات المملوكة، و لم يبق شيء منها بعد وقوع الثلاث عليها، و كذا لو بانت بالايلاء ثلاث مرات ثم تزوجها بعد زوج آخر يكون مولياً الا عند زفر (و اليمين باقية لاطلاقها) اي لا طلاق اليمين فتكون باقية بعد الطلاق الثالث (و عدم الحنث) بالجر عطف على اطلاقها اي و لعدم الحنث اذ الكلام فيما اذا لم يطاها و اما الكفارة عند الوطء فلبقاء اليمين، لاطلاقها و وجود الحنث (فان وطئها كفر عن يمينه لوجود الحنث) فاليمين انحلت و وجبت الكفارة (فان حلف على اقل من اربعة اشهر) بان يقول لا اقربك شهرا و هو وضع المبسوط او قال لا إقربك شهرين او ثلاثة اشهر لم يكن مولياً، و به قال الائمة الاربعة رحمهم الله تعالى و اكثر العلماء منهم سعيد بن جبير و طاووس و الاوزاعي و ابوثور و ابوعبيد، و اختاره ابن المنذر و هو نص القرآن. و قال ابراهيم النخعي و قتادة و حماد و ابن ابي ليلى و اسحاق من حلف على قليل المدة او كثيرها فتركها اربعة اشهر فهو مول، و تضرب تلك المدة بثلاثة، و به قالت الظاهرية، و في التحرير فكان ابوحنيفة رضي الله تعالى عنه يقول به، ثم رجع الى قول ابن عباس رضي الله تعالى عنه لما صح عنده. (لقول ابن عباس رضي الله تعالى عنهما لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر) قال في الاصل بلغنا ذلك عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه كذا نقله الاترازي و اكتفى به، وغيره من الشراح سكتوا عن تخريجه، و الاخصام لايرضون بذلك. قلت روى هذا ابن ابي شيبة(٢) في مصنفه حديث علي بن مسهر عن سعيد عن عامر الاحول عن عطاء عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه قال اذا آلى من امراته شهرا او شهرين او ثلاثة ما لم يبلغ الحد فليس بايلاء. و اخرج نحوه عن عطاء و طاووس و سعيد بن جبير و الشعبي

---

(١) المبسوط للسرخسي ص٢٩ ج٧. (٢) ابن ابي شيبة عنوان ما قالوا في الرجل يولى دون الاربعة اشهر الخ ص١٣٦ ج٥ و سنن البيهقي باب الرجل يحلف لايطأ امراته اقل من اربعة اشهر ص٣٨١ ج٧ و التفصيل في نصب الراية ص٢٤٣ ج٣.

و لان الامتناع عن قربانها في اكثر المدة بلامانع و بمثله لايثبت حكم الطلاق فيه.

رحمهم الله تعالى فان قيل فتوى ابن عباس رضي الله تعالى مخالف للنص ظاهرا، لانه تعالى اطلق الايلاء و قيد التربص بمدة، و ذلك يقتضي ان من آلى من امراته و لو مدة يسيرة كيوم او ساعة يلزمه تربص اربعة اشهر، فالتقيد بمدة زيادة على النص، و هو لايجوز بفتوى ابن عباس رضي الله تعالى عنه و اجيب(١) بان فتواه تفسير للنص لا لتقييده، لان الراي لا دخل له في المقدرات الشرعية. (و لان الامتناع عن قربانها في اكثر المدة بلا مانع) خبر لان، اي لان الامتناع عن القربان حاصل بلا مانع، و اراد بالمانع اليمين بيانه ان المولى من ترك قربانها في المدة، و يلزم شيء، و هنا يتمكن من قربانها بمضي الشهر من غير شيء، فلم يكن مولياً، كما لو ترك بجامعتها في المدة من غير يمين، كذا في المبسوط. و قال الاترازي و قيل اكثر المدة ليس بتقدير لازم، لان الامتناع عن القربان بلامانع ربما يكون في اقل المدة بان حلف لايقربها ثلاثة اشهر مثلا، فبعد مضي ثلاثة اشهر يبقى شهرا آخر الى تمام المدة، و الامتناع فيه بلامانع لا محالة، فلو قال صاحب الهداية رحمه الله تعالى في بعض المدة بدل قوله - في اكثر المدة - لكان اولى، لان البعض اعم و اشمل و قال الكاكي في قوله - اكثر المدة - اي مدة الايلاء و هو مثلا بثلاثة اشهر قوله بلا مانع و هو لزوم شيء. قيل هو مشكل لجواز ان يحلف على ثلاثة اشهر، فلايكون الامتناع عن القربان في اكثر المدة بلامانع. و اجيب عنه ان وضع المسألة في الاصل فيمن حلف لايقربها شهرا فعند الجمهور لايكون مولياً. و عند ابن ابي ليلى يكون مولياً حتى لو لم يقربها اربعة اشهر تطلق. و قال في جوابه الامتناع عن القربان في اكثر المدة بلامانع، لان المانع و هو اليمين معدوم في ثلاثة اشهر من هذه المدة. و قيل(٢) المراد بالاكثر اربعة اشهر و هو جميع المدة، سماها اكثر باعتبار هذا الحلف، لانها اكثر منها، و اذا كان كذلك فلاشك ان المانع غير موجود في جميع الصور التي دون تلك المدة. و ان وجد المانع في البعض لانتفاء المجموع بانتفاء البعض، و هذا ضعيف، و انما يصح ان لو قال اكثر المدتين، كذا في الكافي. و قيل لفظ الاكثر وقع مقحماً. (و بمثله) اي و بمثل(٣) هذا الامتناع و هو بلا مانع يمين (لايثبت حكم الطلاق فيه) لانه

---

(١) و اجيب الخ و في العناية ص٤٧ ج٤ فالجواب ان فتوى ابن عباس رضي الله تعالى عنه وقع في المقدرات و الراي لا مدخل له في المقدرات الشرعية فكان مسموعا و لم يرد عن احد خلافه فيجعل تفسيرا للنص لاتقييدا و تقريره و الله اعلم للذين يؤلون من نسائهم اربعة اشهر تربص اربعة اشهر ترك الاول بدلالة الثاني فكان من باب الاكتفاء انتهى. (٢) و قيل الخ كذا في الكفاية ص٤٧ ج٤. (٣) و بمثل الخ و في العناية اي بمثل هذا الحلف المنعقد على شهر لايثبت الطلاق بمضى اربعة اشهر لخلو الزائد عن اليمين فكان كمن لم يقربها اربعة اشهر او =>

و لو قال و الله لا اقربك شهرين و شهرين بعد هذين الشهرين فهو مول لانه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كجمعه(١) بلفظ الجمع و لو مكث يوماً ثم قال و الله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين لم يكن مولياً، لان الثاني ايجاب مبتدا، و قد صار ممنوعا بعد الاولى(٢) شهرين، و بعد الثانية اربعة اشهر، الا يوما مكث فيه، فلم تتكامل مدة المنع.

و لو قال و الله لا اقربك سنة الا يوما لم يكن مولياً،

يمكنه القربان في بعض المدة بلا شيء فلايتحقق الايلاء (و لو قال و الله لا اقربك شهرين و شهرين بعد هذين الشهرين فهو مول، لانه جمع بينهما بحرف الجمع) و هو الواو (فصار كالجمع بلفظ الجمع) و في بعض النسخ فصار كجمعه اي كجمع المولى بلفظ الجمع، اي فصار كانه قال لا اقربك اربعة اشهر، فيكون مولياً، و ما حكى فيه خلاف، و لهذا لو قال لا اكلمك يوما و يومين يصير مدة اليمين ثلاثة ايام، و كذا لو قال بعت هذا الى شهرين و شهرين كان الاجل شهرين كذا في قاضي خان. و في جوامع الفقه قال و الله لا اقربك شهرين و شهرين و شهرين قبل شهرين، او قال و شهرين بعد شهرين، فهو كقوله اربعة اشهر (و لو مكث يوما) صرح قاضي خان يوما او ساعة، و كذا صرح المحبوبي ساعة، و قيل تكرير اليمين في مجلسين او مجالس، و هما اقل من يوم متحد يخير عند ابي حنيفة و ابي يوسف، فقيد مكثه بيوم لتكون المسألة اتفاقية (ثم قال و الله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين لم يكن موليا) و به قال الشافعي و احمد و ابو ثور رحمهم الله تعالى (لان الثاني) اي الكلام الثاني (ايجاب متبدا) اي ايجاب يمين مبتدا (و قد صار ممنوعاً بعد اليمين الاولى شهرين، و بعد الثانية) اي اليمين الثانية (اربعة اشهر الا يوماً مكث فيه فلم تتكامل مدة المنع) فلايكون مولياً. و الاصل(٣) في ذلك انه اذا لم يعد اسم الله تعالى في المعطوف و لا حرف النفي، و لم يمكث بينهما ساعة دخل المعطوف في حكم المعطوف عليه، كما في المسألة الاولى. و اما اذا فات احد الامور المذكورة فقد كان ايجابا مبتدا، و على هذا لا يكون في المسألة الثانية مولياً لفوات الامور الثلاثة لوجود المكث يوما و اعادة اسم الله و حرف النفي، فقد صار ممنوعا الى آخر ما ذكره المصنف، و اذا لم يكن مولياً هنا يكون كلامه يمينين مستقلين، و يلزمه بالقربان كفارتان (و لو قال و الله لا اقربك سنة الا يوما لم يكن مولياً)

=> اكثر بلايمين فانه بمضى اربعة اشهر لايقع شيء و الضمير في فيه قيل هو راجع الى الامتناع و قيل الى الحلف المفهوم من قوله و بمثله و يجوز ان يكون راجعا الى اكثر المدة الخ. (١) كجمعه - ن - كالجمع. (٢) الاولى - ن - اليمين الاولى. (٣) و الاصل الخ كذا في العناية ص٤٨ ج٤.

خلافاً لزفر رحمه الله تعالى و هو يصرف الاستثناء الى آخرها اعتباراً بالاجارة فتمت مدة المنع. و لنا ان المولي من لايمكنه القربان اربعة اشهر الا بشيء يلزمه، و يمكنه(١) هاهنا، لان المستثنى يوم منكر بخلاف الاجارة، لان الصرف الى الآخر لتصحيحها فانها لاتصح مع التنكير و لا كذلك اليمين،

في حق وقوع الطلاق، و لكن قربها في هذه المدة تلزمه الكفارة، قاله تاج الشريعة، و قال الاترازي المراد من قوله - لم يكن مولياً - اي في الحال، لانه يكون مولياً اذا قربها يوما و مضى ذلك اليوم بغروب الشمس، و بقي بعده، الى تمام السنة اربعة اشهر فصاعداً، فان لم يبق اربعة اشهر لايكون موليا الا اذا قربها مرة فبقي بعد القربان في السنة اربعة اشهر فصاعدا و على ذلك نص في المبسوط(٢) و شرح الطحاوي (خلافا لزفر رحمه الله تعالى) فانه يكون مولياً عنده، و به قال الشافعي رحمه الله تعالى و ذكر شمس الائمة البيهقي في كتاب الشامل فيه قياس و استحسان. و قال يصير مولياً قياساً، و لايصير مولياً استحساناً، و لم يذكر هما الحاكم في الكافي و شمس الائمة السرخسي في مبسوطه، و هو شرح الكافي، و كذا لم يكذر هما في شرح الطحاوي و غير ذلك (و هو) اي زفر (يصرف الاستثناء) و هو قوله الا يوما (الى آخرها) اي الى آخر السنة (اعتباراً بالاجازة) اي كما اذا آجر داره سنة الا يوماً، و لهذا لو قال و الله لا اقربك السنة الا نقصان يوم يصرف اليوم الى آخر السنة بالاتفاق (فتمت مدة المنع) اي فيصرف الاستثناء الى آخر السنة و تتم مدة المنع (و لنا ان المولي من لايمكنه القربان اربعة اشهر الا بشئ يلزمه و يمكنه هاهنا) اي يمكن المولي هاهنا قربان المراة بلاشيء يلزمه في يوم واحد، اي يوم كان من ايام السنة فلايكون مولياً، و بين هذا بقوله (لان المستثنى يوم منكر)(٣) شائع في فصول السنة، فلايعتبر صرفه الى آخر السنة اجراء لكلامه على حقيقته، لان اليمين مع الجهالة يصح بلاضرورة ان يراد به آخر السنة (بخلاف الاجارة، لان الصرف) اي صرف اليوم (الى الآخر) الى آخر السنة (لتصحيحها) اي لتصحيح الاجارة (فانها) اي فان الاجارة (لاتصح مع التنكير) لعدم حصول المقصود، و هو التمكن من استيفاء المنفعة (و لا كذلك اليمين) لانها تصح مع

---

(١) و يمكنه هاهنا - ن - و هاهنا يمكنه. (٢) المبسوط للسرخسي ص٢٥ و ص٢٦ ج٧. (٣) يوم منكر الخ و في العناية ص٠ ٥ ج٤ يوم منكر فما من يوم يمر عليه بعد يمينه الا و يمكنه ان يجعله اليوم المستثنى فيقربها فيه من غير شيء يلزمه و لا يجوز صرفه الى آخر السنة لانه معين فكان تغييرا لكلامه من المنكر الى المعين بغير حاجة لان الجهالة لاتمنع انعقاد اليمين الخ و نحوه في الكفاية.

و لو قربها في يوم، و الباقي اربعة اشهر او اكثر صار مولياً لسقوط الاستثناء. و لو قال و هو بالبصرة و اللّه لا ادخل الكوفة و امراته بها لم يكن مولياً لانه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالاخراج من الكوفة. قال و لو حلف بحج او بصوم او بصدقة او عتق او طلاق فهو مول لتحقق المنع باليمين، و هو ذكر الشرط و الجزاء، و هذه الاجزية مانعة لما فيها من المشقة،

الجهالة كما ذكرنا، فافترقت المسألتان (فان قربها في يوم) و في بعض النسخ و لو قربها في يوم، اي في المسألة المذكورة (و الباقي اربعة اشهر او اكثر صار مولياً لسقوط الاستثناء) و قد مر الكلام فيه عن قريب (و لو قال و هو بالبصرة) اي و الحال انه كان بالبصرة (و اللّه لا ادخل الكوفة و امراته بها) اي و الحال ان امراته بالكوفة (لم يكن مولياً، لانه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالاخراج من الكوفة) بوكيله او نائبه قبل مضي اربعة اشهر فيقربها فلايتحقق معنى الايلاء. و قال الحاكم الشهيد في الكافي و ان حلف لايقربها في مكان كذا، او في مصر كذا او في ارض العراق لم يكن مولياً لانه يقدر ان يخرجها من ارض العراق قبل مضي اربعة اشهر فيطأها بغير حنث، و قال ابن ابى ليلى هو مول. و في جوامع الفقه لو كان في بلد و امراته في بلد آخر و قال و اللّه لا ادخل و بينهما اقل من ثمانية اشهر لايصير مولياً لجواز انها تخرج فيلقيان في اقل من اربعة اشهر، و في المرغيناني و قاضي خان لو كان بينه و بينها مسيرة اربعة اشهر ففيؤه باللسان، و لم يعتبر خروج كل واحد منهما الى صاحبه. (قال) اي القدوري (و لو حلف(١) بحج) بان قال ان قربتك فعلي حج البيت او العمرة او المشي الى بيت اللّه (او بصوم) بان قال ان قربتك فعلي صوم سنة (او بصدقة او عتق) بان قال ان قربتك فعلي عتق رقبة (او طلاق) بان قال ان قربتك فضرتك طالق (فهو مول) في كل الصور المذكورة على ظاهر الرواية عن اصحابنا، ففي بعضها خلاف ياتي ان شاء اللّه تعالى (لتحقق المنع) عن القربان (باليمين، و هو ذكر الشرط و الجزاء و هذه الاجزية) اشار بها الى الحج و الصوم و الصدقة و العتق و الطلاق (مانعة) اي مانعة من الشرط، يعني ان الجزاء الذي في وقوعه مشقة على الحالف مانع من مباشرة الشرط (لما فيها) اي في الاجزية (من المشقة) لانه اذا باشر الشرط يقع الجزاء لا محالة،

---

(١) و لو حلف الخ و في النهاية لما فرغ من بيان اليمين باللّه في الايلاء شرع في بيان اليمين بغير اللّه بذكر الشرط و الجزاء بان يعلق قربانها بحج او صوم او صدقة او طلاق او عتق فانه يصير موليا لتحقق المنع باليمين بذكر الشرط و الجزاء انتهى.

و صورة الحلف بالعتق ان يعلق بقربانها عتق عبده و فيه خلاف ابي يوسف رحمه الله تعالى فانه يقول يمكنه البيع ثم القربان فلايلزمه شيء، و هما يقولان البيع موهوم، فلايمنع المانعية فيه،

فتحصل المشقة، فيكون الجزاء مانعاً و بقولنا قال مالك رحمه الله تعالى في الاظهر و عنه ان الايلاء لايكون الا باليمين بالله تعالى او بصفاته الذاتية كقول الظاهرية، و قال ابن عباس رضي الله تعالى عنه كل يمين منعت الجماع فهي ايلاء، و به قال الشعبي و النخعي و اهل الحجاز و اهل العراق و ابوثور و ابوعبيد، و اختاره ابن المنذر. و قال ابن المنذر الصحيح في قول الشافعي بمصر ان كل يمين منعت الجماع فهي ايلاء، و هذا هو الجديد. و لو قال ان قربتك فعلي صلاة او صلاة ركعتين او غزو فليس بمول. و قال محمد مول، و به قال مالك و الشافعي و احمد و زفر و الحسن، و هو قول ابي يوسف اولاً. و لو قال فعلي(١) اتباع الجنازة او سجدة التلاوة او قراءة القرآن او الصلاة في بيت المقدس او تسبيحة فليس بمول اتفاقاً. و لو قال فعلي ان أتصدق بكذا على هذا المسكين لم يصح، لانه لما عين كان حق العبد، و كذا في مالي هبة في المساكين لم يصح، الا ان ينوي التصدق به و في الخزانة عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى قال ان قربتك فعلي ان اتصدق بهذه الدراهم على هولاء المساكين لم يصر موليا. و لو قال و الله لا اقربك حتى ينزل عيسى بن مريم او يخرج الدجال او ياجوج و ماجوج او الدابة او تطلع الشمس من مغربها فهو مول استحسانا(٢) و هو الصحيح من مذهب الشافعي رحمه الله تعالى و لو قال و الله لا اقربك حتى تصعدي السماء او حتى يشيب الغراب فهو يصير مولياً (و صورة الحلف بالعتق ان يعلق بقربانها عتق عبده) انما عين بيان صورة الحلف بقربان امراته بعتق عبده، لان فيه خلافاً لابي يوسف ذكره شمس الائمة السرخسي في مبسوطه(٣) اشار اليه بقوله (و فيه خلاف ابي يوسف رحمه الله تعالى فانه) اي فان ابايوسف (يقول يمكنه البيع) بان يبيع عبده (ثم القربان) اي ثم يمكنه قربان امراته بعد بيع العبد (فلايلزمه شيء و هما) اي ابوحنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (يقولان البيع موهوم) يعني يحتمل ان يبيع و يحتمل ان لايبيع (فلايمنع المانعية فيه) اي في الايلاء، و لكن(٤) ان باع العبد سقط الايلاء لانه صار بحال يملك قربانها من غير ان يلزمه شيء، فان

---

(١) فعلي اتباع الجنازة الخ راجع لنحو هذه الفروع الفتاوى الهندية ص٤٧٨ ج١ و البحر ص٧١ ج٤ و الفتح ص٥١ ج٤. (٢) استحسانا - راجع لتوجيهه البدائع ص١٦٥ ج٣. (٣) مبسوطه ص٣٨ ج٧. (٤) و لكن الخ كذا في العناية ص٥٢ ج٤ و نحوه في الفتح.

و الحلف بالطلاق ان يعلق بقربانها طلاقها او طلاق صاحبتها و كل ذلك مانع. و ان آلى من المطلقة الرجعة كان مولياً، و ان آلى من البائنة لم يكن مولياً، لان الزوجية قائمة في الاولى دون الثانية، و محل الايلاء من تكون من نسائنا بالنص، فلو انقضت العدة قبل انقضاء مدة الايلاء سقط الايلاء لفوات المحلية، و لو(١) قال لاجنبية و الله لا اقربك او انت علي كظهر امي ثم تزوجها لم يكن مولياً و لا مظاهراً، لان الكلام في مخرجه وقع باطلاً لانعدام المحلية فلاينقلب صحيحاً بعد ذلك. و ان قربها كفر لتتحقق الحنث اذ اليمين منعقدة في حقه و مدة ايلاء الامة شهران

اشتراه لزمه الايلاء من وقت الشراء، و كذا ان ملكه بارث خلافا لمالك رحمه الله تعالى و لو جامعها بعد ما باعه ثم اشتراه لم يكن مولياً لسقوط اليمين، لوجود شرط الحنث بعد بيع العبد. فان مات العبد قبل ان يبيعه سقط الايلاء لانه يتمكن من قربانها بعد موته من غير ان يلزمه شيء (و الحلف بالطلاق ان يعلق بقربانها طلاقها او طلاق صاحبتها) ذكر في شرح الطحاوي و المختلف ان ابايوسف رحمه الله تعالى قال لايكون مولياً (و كل ذلك مانع) اي كل الاجزية المذكورة مانع من الوطء على ما ذكرنا (و ان آلى من المطلقة الرجعية كان مولياً) باجماع الائمة الاربعة و جمهور العلماء رحمهم الله تعالى الا رواية عن احمد (و إن آلى من) المطلقة (البائنة لم يكن مولياً، لان الزوجية قائمة في الاولى) اي في المطلقة الرجعية (دون البائنة) اي المطلقة البائنة (و محل الايلاء من تكون من نسائنا بالنص) و هو قوله تعالى للذين يولون من نسائهم(٢) و بعد الابانة تنتفي الزوجية، لكنها اذا وطئها تلزمه الكفارة، الا انه ليس بمول في حق الطلاق دون الكفارة، بخلاف المعتدة الرجعية، حيث يصح ايلاؤها لقيام الزوجية، لا ان وطأها مباح عندنا (فلو انقضت العدة قبل انقضاء مدة الايلاء سقط الايلاء لفوات المحلية) اي لان لان محل الايلاء فات. و قال الحاكم الشديد في الكافي، و لو آلى من امته او ام ولده لم يكن مولياً، و ان قربها كفر (و ان قال لاجنبية و الله لا اقربك او انت علي كظهر امي، ثم تزوجها، ثم تزوجها لم يكن مولياً و لا مظاهراً، لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية فلاينقلب صحيحا بعد ذلك) اي بعد وقوع الكلام باطلا (و ان قربها كفر لتحقق الحنث اذ اليمين منعقدة في حقه) اي في حق الحنث، هذا في قوله و الله لا اقربك لا في قوله انت علي كظهر امي، لان الاولى يمين دون الثانية و قد وجد الحنث فيلزمه الكفارة (و مدة ايلاء الامة شهران)(٣) حرا كان زوجها او

---

(١) و لو -ن- و ان. (٢) البقرة ٢٢٦. (٣) شهران الخ راجع اوجز المسالك عنوان ايلاء العبد ص٣٥٢ ج٤ =>

لان هذه مدة ضربت اجلا للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة و ان كان المولى مريضا لايقدر على الجماع او كانت مريضة او رتقاء او صغيرة لاتجامع، او كانت بينهما مسافة لايقدر ان يصل اليها في مدة الايلاء ففيؤه ان يقول بلسانه فئت اليها في مدة الايلاء، فان قال ذلك سقط الايلاء.

عبداً و هو قول عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه و به قال الحسن و الشعبي و قتادة و النخعي و الثوري و هو رواية عن مالك و احمد و المشهور عن مذهب مالك ايلاء العبد شهران على الحرة و الامة، و هو قول عطاء و الزهري واسحاق و رواية احمد. و قال الشافعي و احمد في ظاهر الرواية عنه و ابن المنذر و الظاهرية ان الحر و العبد و الحرة و الامة سواء، و مدة الكل اربعة اشهر، و به قال ابوثور و ابوسليمان رحمهم الله تعالى. (لان هذه) اي مدة الايلاء (مدة ضربت اجلا للبينونة، فتتنصف بالرق) اي بسبب الرق، كما في طلاقها ثنتان و عدتها حيضتان (كمدة العدة) حيث تتنصف بالرق و قال الاترازي لي فيه نظر، اي في تعليل المصنف بقوله مدة ضربت اجلاً، لان لقائل ان يقول لانسلم ان مدة الايلاء شرعت اجلاً للبينونة، لان عند مالك و الشافعي رحمهما الله تعالى يكون الزوج مخيراً بعد انقضاء المدة بين ان يفيء اليها او يطلق، فان طلقها يكون له عليها الرجعة ما دامت في العدة، فلايكون حينئذ مدة الايلاء اجلا للبينونة، فلايصح قياسها على مدة العدة لعدم الجامع بين المقيس و المقيس عليه، و هو كون المدة اجلا للبينونة، انتهى. قلت الجامع موجود فيكون الرق منصفاً لحل المحلية (و ان كان المولى مريضاً لايقدر على الجماع، او كانت) اي المرأة (مريضة او رتقاء) اي بينة الرتق، يعني لم يكن لها طرق الا المبال (او صغيرة لاتجامع) مثلها (او كانت بينهما مسافة) بان يكون مسيرة اربعة اشهر فصاعداً (لايقدر ان يصل اليها في مدة الايلاء ففيؤه ان يقول بلسانه فئت اليها في مدة الايلاء فان قال ذلك سقط الايلاء) و ان قربها كفر. و في جوامع الفقه(١) لو عجز عن جماعها لرتقها او قرنها او صغرها او الجب او العنة، او كان اسيراً في دار الحرب، او لكونها ممتنعة، او كانت في مكان لايعرفها و هي ناشزة، او بينهما اربعة اشهر او حال القاضي بينهما بشهادة الطلاق الثلاث، ففيؤه باللسان بان يقول فئت اليها او رجعت او راجعتها او ارتجعتها او ابطلت ايلاءها بشرط تمام العجز الى تمام المدة و في البدائع(٢) او كان محبوساً. و في شرح الطحاوي او آلى منها و هي

=> و عمدة القاري ص٢٧٥ ج٢٠ و المغني ص٥٢٧ ج٨. (١) جوامع الفقه الخ كذا في الفتاوى الهندية ص٤٨٥ ج١. (٢) البدائع ص١٧٣ ج٣ و في شرح الطحاوي الخ كذا في فتح القدير ص٥٤ ج٤ و الفتاوى الهندية ص٤٨٥ ج١.

و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا فيء الا بالجماع و اليه ذهب الطحاوي رحمه الله تعالى لانه لو كان فيئاً لكان حنثاً.

مجنونة او هو محبوس، او كانت بينهما اقل من اربعة اشهر، الا ان السلطان او العدو يمنعه من ذلك لا يكون فيؤه باللسان. قال و يمكن ان يفرق بين القولين في الحبس بان يحمل ما ذكر في شرح المختصر على امكان الوصول الى السجن و ان تدخل عليه ليجامعها، و منع العدو و السلطان نادر على شرف الزوال و الحبس بحق لايعتبر في الفيء باللسان، و بظلم يعتبر كالغالب. و في خزانة الاكمل المريض فيؤه بقلبه و لسانه، و فيه ايضا لو كانت مريضة او صغيرة لايجامع مثلها ففيؤه بالرضى بالقلب. و في المرغيناني لايكون الفيء بالقلب. و ذكر الجرجاني وفاء بقلبه، و لم يتكلم بلسانه و مضت المدة ان صدقته كان فيئا. و في المغني(١) قال في الفيء متى قدرت جامعتك (و قال الشافعي لا فيء الا بالجماع)(٢) و هو قول سعيد بن جبير و به قال ابو ثور، و اختاره الناطفي (و اليه ذهب الطحاوي) اي الى قول الشافعي ذهب الامام ابوجعفر الطحاوي على ما نقل عنه فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير. قال الاترازي فيه نظر، لان الطحاوي جعل في المولى باللسان ان كان بينه و بين امرأته مسيرة اربعة اشهر او اكثر منها، او آلى و هو مريض، او هي مريضة قلت نظره غير وارد، لان الذي نقله عنه يرد نظره، لانه جعل ذلك عند العجز، و اما عند القدرة فالفيء بالجماع هو الاصل، و كذلك نقل عن الشافعي حيث قالوا و لا خلاف للشافعي، اذ الفيء باللسان انما يعتبره عند العجز عن الوطء (لانه لو كان فيئا لكان حنثاً) لان المعلق(٣) بالفيء حكمان، الكفارة و امتناع حكم الفرقة، ثم الفيء باللسان لايعتبر في حق الكفارة، فكذا في الآخر. و تحقيقه ان الفيء رجوع عن الظلم المعلق بالبر، فيكون

---

(١) المغنى ص٥٣٧ ج٨ و لفظه او يكون له عذر من مرض او احرام او شيء لايمكن معه الجماع فيقول متى قدرت جامعتها فيكون ذلك من قوله فيئة للعذر الخ. (٢) لا فيء الا بالجماع الخ راجع لهذا المبحث المغنى ص٥٣٤ ج٨ و عمدة القاري ص٢٧٥ ج٢٠ و المبسوط للسرخسي ص٢٨ ج٧. (٣) لان المعلق الخ كذا في الكفاية ص٥٤ ج٤ و المبسوط للسرخسي ص٢٨ ج٧ و لفظ الكفاية و لكنا نقول الكفارة تجب بالحنث و الحنث لايتحقق بالفيء باللسان عند العجز عن الفيء بالجماع فكان الفيء بالجماع اصلا و باللسان بدلا منه لان الفيء عبارة عن الرجوع و اذا كان قادرا على الجماع فانما قصد الاضرار بمنع حقها في الجماع ففيئه بالرجوع عن ذالك بان يجامعها و اذا كان عاجزا عن الجماع فلم يكن قصده الاضرار بمنع حقها في الجماع فانه لا حق لها في الجماع في هذه الحالة و انما قصد الاضرار بايحاشها بلسانه ففيؤه بالرجوع عن ذلك بان يرضيها بلسانه لان التوبة بحسب الجناية و مذهبنا مروى عن على و ابن مسعود رضي الله تعالى عنهما كذا في المبسوط.

و لنا انه آذاها بذكر المنع، فيكون ارضاءها بالوعد باللسان، و اذا ارتفع الظلم لايجازي بالطلاق. و لو قدر على الجماع في المدة بطل ذلك الفيئ، و صار فيؤه بالجماع، لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف. و اذا قال لامراته انت علي حرام سئل عن نيته، فان قال اردت الكذب فهو كما قال، لانه نوى حقيقة كلامه، و قيل لايصدق في القضاء لانه يمين ظاهراً

الفيء بترك البر و ترك البر مما يضاده و هو الحنث اذا لم يكن الفيء باللسان حنثاً لا يصير به الانسان تاركاً للبر، فلايكون فيئاً (و لنا انه) اي ان الزوج (آذاها) اي آذى المراة (بذكر المنع) اي بمنع حقها من الجماع (فيكون ارضاءها بالوعد باللسان) لان الزوج اذا كان عاجزاً عن الجماع حالة الايلاء لم يكن قصده الاضرار بمنع حقها في الجماع، اذ لا حق لها فيه حينئذ، و انما قصده الايحاش باللسان، و مثل هذا الظلم يرتفع باللسان (و اذا ارتفع الظلم لا يجازي بالطلاق) لان التوبة بحسب الجناية (و لو قدر على الجماع في المدة) و في بعض النسخ فان قدر، اي المولى المريض على ان يجامعها في مدة الايلاء (بطل ذلك الفيء) الذي كان باللسان (فصار فيؤه بالجماع، لانه قدر على الاصل) الذي هو بالجماع (قبل حصول المقصود بالخلف) و هو الفيء باللسان، فصار كالمتيمم اذا وجد الماء في خلال صلاته، و لا خلاف فيه للائمة الاربعة رحمهم الله تعالى (و اذا قال لامراته انت علي حرام) هذا كلام مبهم يحتمل وجوها، و لايمتاز البعض عن البعض الا بالارادة، و لاجل ذلك قال (سئل عن نيته، فان قال اردت الكذب فهو كما قال) يعني يكون كذباً (لانه نوى حقيقة كلامه) لانها حلال له، فلايقع به طلاق الايلاء، و لا غير ذلك (و قيل لايصدق في القضاء لانه يمين ظاهراً) لانه تحريم الحلال. و اما فيما بينه و بين الله تعالى فيصدق، و هذا القول منقول عن الطحاوي و الكرخي فانهما قالا في مختصريهما انه لايصدق في ابطال الايلاء في القضاء. و قد اختلف اهل العلم(١) في لفظة الحرام اختلافاً شديداً يرتقى

---

(١) اختلف اهل العلم في لفظة الحرام الخ راجع لهذا المبحث عمدة القاري باب من قال لامراته انت على حرام ص٢٣٩ ج٢٠ و فتح الباري ص٤٦٤ ج٩ و الاوجز ص٣٣٧ ج٤ و المغنى ص٣٠٣ ج٨ و تكملة شرح المهذب ص١١٤ ج١٧ و فتح القدير ص٥٥ ج٤ و قال الشيخ المحدث محمد زكريا قدس سره في الاوجز ص٣٣٧ ج٤ و قال الشوكاني و من المطولين للبحث في هذه المسالة الحافظ ابن القيم في الهدى تكلم عليها كلاما طويلا و ذكر ثلاثة عشر مذهبا اصولا تفرعت الى عشرين مذهبا و ذكر في اعلام الموقعين خمسة عشر مذهبا و سنذكر المذاهب على طريق الاختصار عن الشوكاني و نزيد عليه فوائد عن غيره الاول ان هذا القول لغو و باطل لايترتب عليه شيء و هو احدى الروايتين عن ابن عباس و به قال مسروق و عطاء و الشعبي و جميع اهل الظاهر و اكثر =>

الى خمسة عشر مذهباً: الاول.انه سئل عن نيته، و هو قول ابي بكر و عمر و ابن مسعود و ابن

=> اصحاب الحديث و هو احد قولي المالكية و اختاره اصبغ بن الفرج منهم و به قال ربيعة كما في الفتح الثاني انها ثلث تطليقات و هو قول على رضي الله عنه و زيد بن ثابت و ابن عمر و الحسن البصري و حكى عن ابي هريرة و اعترض ابن القيم الرواية عن زيد بن ثابت و ابن عمرو قال الثابت عنهما ما رواه ابن حزم انهما قالا عليه كفارة يمين و لم يصح عنهما خلاف ذلك و حكى الحافظ عن بعضهم انها ثلث تطليقات و لايسئل عن نيته و به قال مالك الثالث انها بهذا القول حرام عليه قال ابن حزم و ابن القيم صح عن ابي هريرة والحسن و خلاس بن عمرو و جابر بن زيد و قتادة و لم يذكر هولاء طلاقا بل امروه باجتنابها فقط و صح عن على رضي الله عنه ايضا فاما ان يكون عنه روايتان او اراد تحريم الثلث الرابع الوقف و صح عن على و هو قول الشعبي الخامس ان نوى الطلاق فهو و ان لم ينوه فيمين و هو قول طاؤس و الزهري و الشافعي و رواية عن الحسن و حكاه في الفتح عن النخعي و اسحق و بن مسعود و ابن عمر السادس ان نوى الثلث فثلث و ان نوى واحدة فواحدة بائنة و ان نوى يمينا فيمين و ان لم ينو شيئا فهو كذبة لاشيء فيها قاله سفيان و حكاه النخعي عن اصحابه و هكذا حكى ابن رشد مذهب الثورى السابع مثل هذا غير انه اذا لم ينو شيئا فهو يمين يكفرها و هو قول الاوزاعي الثامن مثل هذا غير انه اذا لم ينو شيئا فواحدة بائنا اعمالا للفظ التحريم هكذا في اعلام الموقعين و لم يحكه عن احد و حكاه ابن حزم عن ابراهيم النخعي التاسع فيه كفارة الظهار حكاه في المحلى عن اسحق قال ابن القيم صح عن ابن عباس و ابي قلابة و سعيد بن جبير و وهب بن منبه و عثمان البتى و هو احدى الروايات عن احمد و قال ابن القيم هذا اقيس الاقوال العاشر انها تطليقة واحدة و هو احدى الروايتين عن عمر و قول حماد بن ابى سليمان شيخ ابي حنيفة الحادي عشر انه ينوى ما اراد من اصل الطلاق و عدده و ان نوى تحريما بغير طلاق فيمين مكفرة و هو قول الشافعي كما حكاه ابن القيم و تقدم في القول الخامس انه مذهب الشافعي و هو الذى حكاه عنه في الفتح بل حكاه عنه ابن القيم بنفسه قاله الشوكاني و انت خبير بانه ليس بين هذا و الخامس كبير فرق غير نية التحريم و عدم النية الثاني عشر انه ينوى ما شاء من عدد الطلاق الا انه اذا نوى واحدة فبائنة و ان لم ينو شيئا فايلاء و ان نوى الكذب فليس بشيء و هو قول ابي حنيفة و اصحابه كما قاله ابن القيم و في الفتح عن الحنفية انه اذا نوى ثنتين فهي واحدة بائنة و ان لم ينو طلاقا فهو يمين و يصير موليا و في رواية عن ابي حنيفة انه اذا نوى الكذب دين و لم يقبل في الحكم و لايكون مظاهرا عنده نواه او لم ينوه و لو صرح به فقال اعنى به الظهار لم يكن مظاهراً الثالث عشر انه يمين يكفره ما يكفر اليمين على كل حال قال ابن القيم صح ذلك عن ابي بكر و عمر و ابن عباس و عائشة و زيد بن ثابت و ابن مسعود و عبدالله بن عمر و عكرمة و عطاء و قتادة و الحسن و الشعبي و سعيد بن المسيب و سلمان بن يسار و جابر بن زيد و سعيد بن جبير و نافع و الاوزاعي و ابي ثور و خلق سواهم الرابع عشر انه يمين مغلظة يتعين بها عتق رقبة قال ابن القيم صح ايضا عن ابن عباس و ابي بكر و عمر و =>

عباس و عائشة رضي الله تعالى عنهم، و به قال الحسن البصري و عطاء و طاووس و سعيد بن المسيب و سعيد بن الجبير، و رواية عن احمد و سليمان بن يسار و قتادة و الاوزاعي و ابوثور رحمهم الله تعالى و كان ابن عباس رضي الله تعالى عنه يقول هو يمين الثاني: ان الحرام ثلاث، روي ذلك عن علي و زيد بن ثابت و ابن عمر رضي الله تعالى عنهم و به قال الحكم و ابن ابي ليلى و مالك الا انه قال ينوي في غير المدخول بها. الثالث: ان فيه كفارة الظهار مروي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه وبه قال ابوقلابة و احمد. الرابع: هو على ما نوى ثنتين فثنتان، هذا قول الزهري و زفر. الخامس: انه تطليقة بائنة لا غير، و هو قول حماد بن ابي سليمان. السادس:

=> ابن مسعود و جماعة من التابعين الخامس عشر انه طلاق ثم انها ان كانت غير مدخول بها فهو ما نواه من الواحدة فما فوقها و ان كانت مدخولا بها فهو ثلاث و ان نوي اقل منها و هو احدى الروايتين عن مالك و رواه في نهاية المجتهد عن علي و زيد بن ثابت الخ و اختلفت الروايات عن الائمة ايضا في ذلك و المرجح عندهم كما في فروعهم هكذا قال الموفق اذا قال لزوجته انت على حرام و اطلق فهو ظهار و اما ان نوى غير الظهار فالمنصوص عن احمد في رواية جماعة انه ظهار نوى الطلاق او لم ينوه و في الروض المربع ان قال لزوجته انت علي حرام او كظهر امي فهو ظهار و ان نوى به الطلاق و عد في شرح الاقناع من الفاظ الكنايات انت حرام قال البجيرمي و كذا علي حرام فكناية ان قصد به الطلاق وقع و الا فلا و مع عدم النية يلزمه كفارة يمين الخ وعده صاحب الهداية في الكنايات التى اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة و ان نوى ثلثا كانت ثلثا ثم قال في الايلاء اذا قال لامراته انت علي حرام سئل عن نيته فان قال اردت الكذب فهو كما قال لانه نوى حقيقة كلامه و قيل لايصدق في القضاء لانه يمين ظاهرا و ان قال اردت الطلاق فهي تطليقة بائنة الا ان ينوى الثلث و ان قال اردت الظهار فهو ظهار عند ابي حنيفة و ابي يوسف و قال محمد ليس بظهار و ان قال اردت التحريم او لم ارد به شيئا فهو يمين يصير به مولياً الخ و قال الباجي بعد اثر على رضي الله تعالى عنه و هذا الذي ذهب اليه مالك انها في المدخول بها ثلث نوى واحدة او ثلاثا و ان زعم انه لم ينو طلاقا لم يصدق و اما غير المدخول بها فان مالكا ينويه و قوله اردت واحدة و يحمله على الثلث اذا لم ينو عددا و حكى الزرقاني عن المدونة هي ثلث في المدخول بها و لاينوى و له نية في التي لم يدخل بها و في المحلى قال عياض المشهور عن مالك انه يقع به ثلاث سواء كانت مدخولة بها اولا لكن لو نوى اقل من ثلث قبل في غير المدخول بها خاصة و الثاني انه يقع به ثلث و لاتقبل نيته في المدخول بها و لاغيرها قاله ابن ابي ليلى و عبد الملك الماجشون المالكي و الثالث انه يقع به على المدخول بها ثلث و على غير المدخول بها واحدة قاله ابومصعب و ابن عبدالحكم المالكيان و روي عن مالك انه يقع به واحدة بائنة و عن عبدالعزيز بن ابي سلمة المالكي طلقة رجعية الخ وعده الدردير في الفاظ تجب بها الثلث الا ان ينوى اقل في غير المدخول بها.

و ان قال اردت الطلاق فهي تطليقة بائنة الا ان ينوي الثلاث، و قد ذكرناه في الكنايات، و ان قال اردت الظهار فهو ظهار،

التوقف فيه، روي عن علي رضي الله تعالى عنه قال ما انا بمحلها و لا بمحرمها عليك، و لا آمرك ان تتقدم و ان شئت تاخر. السابع: اذا لم تكن نية فليس بشيء، روى ذلك رواية اخرى عن النخعي و عند الشافعية فيه ثلاثة اوجه، احدها: مثل الرواية عن النخعي. الثاني: ان فيه الكفارة. و الثالث: صريح في حرمة الامة كناية في حق الحرة. و ان نوى به الطلاق فهي طلقة رجعية، و ان نوى ثنتين او ثلاث فهو على ما نوى، و ان نوى ظهاراً فهو ظهار، و ان نوى التحريم فليس فيه الا الكفارة. الثامن: قاله مسروق و الشعبي و هو مثل تحريم بضعة منها ليس بشيء، و به قال ابوسلمة بن عبدالرحمن. التاسع: هو على ما نوى في الواحدة بائنة، و ان نوى ثلاثاً فثلاث، و ان لم يكن له نية فليس بشيء، و هو مذهب الثوري. و العاشر: انها تصير حراماً بذلك، و لم يذكروا خلافاً يروى ذلك عن ابي هريرة و خلاس بن عمرو و جابر بن زيد رضي الله عنهم انهم امروه باجتنابها فقط. الحادي عشر: ان نوى واحدة او لم ينو شيئا فهي واحدة، و ان نوى ثلاثاً فثلاث، و ان نوي ثنتين فثنتين، يروى ذلك عن ابراهيم و عليه المتاخرون من مشايخنا الا في نية الثنتين فانه لايصح عند ائمتنا الثلاثة رحمهم الله تعالى. الثاني عشر: هو يمين، لكن كفارته عتق رقبة، روي ذلك عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه و قال المتاخرون و هو يمين فقط. و الثالث عشر: هو يمين في غير الزوجة و ليس بيمين في الزوجة، يروى عن الحسن و وجه للشافعية. و الرابع عشر: ليس بشيء في الامة و لا في الزوجة و الطعام كالامة، و به قال مالك. و الخامس عشر: ان ذلك باطل و كذب، و هي زوجة، و ان زاد كالميتة و الدم و لحم الخنزير، و نوى بذلك حكم الطلاق او لم ينو، ذكره ابن حزم في المحلى، و زعم انه مذهب ابن عباس و الشعبي و ابي سلمة بن عبدالرحمن و ابي سليمان الخطابي و جميع الظاهرية. (و ان قال اردت الطلاق فهي تطليقة بائنة، الا ان ينوى الثلاث) لانه من الفاظ الكنايات يقع على الادنى مع احتمال الكل، واذا نوى ثنتين كانت واحدة بائنة عندنا، لان اللفظ لايحتمل العدد، خلافا لزفر رحمه الله تعالى الا اذا كانت المرأة امة فحينئذ يقع الثنتان، لان ذلك جنس طلاقها (و قد ذكرناه في الكنايات) اشار به الى انه تقدم البحث في الكنايات (و ان قال اردت الظهار فهو ظهار) هكذا(١) ذكر القدوري و لكنه ليس بظاهر الرواية عن اصحابنا، و لهذا لم يذكر الطحاوي و الحاكم الشهيد في

---

(١) هكذا الخ كذا في فتح القدير ص٥٦ ج٤ و فيه عن جوامع الفقه نقل عن محمد رحمه الله تعالى انه ظهار اذا نوى به الظهار على ما عرف النقل به عنه انتهى.

و هذا عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة، و هو الركن فيه. و لهما انه اطلق الحرمة، و في الظهار نوع حرمة، و المطلق يحتمل المقد، و ان قال اردت التحريم او لم ارد به شيئا فهو يمين يصير به مولياً، لان الاصل في تحريم الحلال انما هو يمين عندنا و سنذكره في الايمان ان شاء الله. و من المشايخ من يصرف لفظة التحريم الى الطلاق من غير نية بحكم العرف و الله اعلم.

مختصريهما حكم ما اذا نوى الظهار، و ذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله ناقلا عن النوادر انه يكون ظهاراً عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى اشار اليه المصنف رحمه الله تعالى بقوله (و هذا) اي كونه ظهارا (عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة) و لم يوجد التشبيه لعدم حرف التشبيه و هو الكاف، فلم تصح نيته (و هو الركن فيه) اي التشبيه المذكور هو الركن في الظهار (و لهما) اي لابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى (انه) اي القائل بقوله انت علي حرام (اطلق الحرمة) حيث لم يقيدها بشيء، و المرأة تارة تكون محرمة بالطلاق، و تارة بالظهار، و مطلق الحرمة يحتمل المقيد (و في الظهار نوع حرمة) لانه اذا قال لامرأته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه حتى يكفر عن ظهاره (و المطلق يحتمل المقيد) و من نوى محتمل كلامه صدق (و ان قال اردت التحريم او لم ارد) اي قال لم ارد (به شيئا فهو يمين يصير به موليا) حتى اذا قربها كفر عن يمينه. و ان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت بالايلاء اما اذا اراد(١) التحريم فانما يكون يميناً، لان تحريم المباح يمين، لقوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك الى قوله تعالى قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم(٢) و اما اذا لم يرد شيئا فلان الحرمة الثابتة باليمين ادنى الحرمات لان في الايلاء الوطء حلال قبل الكفارة، و في الظهار ليس كذلك. و اذا اريد به الطلاق وقع بائنا و يحرم الوطء، و الايلاء لايحرم الوطء، فلما كانت حرمة اليمين ادنى الحرمات تعينت لتيقنها (لان الاصل في تحريم الحلال انما هو يمين عندنا) لان تحريم الحلال ليس من العبد بل من الله تعالى لانه قلب المشروع، لكن العبد يمنع نفسه عن ذلك الشيء، فاذا باشره فعليه الكفارة (و سنذكره في الايمان ان شاء الله تعالى) اي سنذكر هذا الفصل في كتاب الايمان ان شاء الله عزوجل (و من المشايخ من يصرف لفظة التحريم الى الطلاق) في قوله لها انت علي حرام (من غير نية بحكم العرف) لان العادة جرت بين الناس في زماننا هذا انهم يريدون الطلاق

---

(١) اما اذا اراد الخ كذا في العناية ص٥٦ ج٤. (٢) التحريم ١ - ٢.

بهذا، و اراد (١) من المشايخ ابابكر الاسكاف و ابابكر بن سعيد و الفقيه اباجعفر الهندواني و هم من كبار علمائنا الماضين ببلخ، فانهم قالوا يقع الطلاق. و قال الفقيه ابوالليث و به ناخذ، و كذا الجواب في قوله كل حل علي حرام، و حلال الله علي حرام، او قال حلال المسلمين علي حرام. و في الذخيرة هذا كله طلاق بائن باتفاق، و ان كان له اربعة نسوة وقع على كل واحدة طلقة بائنة، و في فتاوي(٢) الاوزجندي و الامام مسعود بن الحسين الكشتاني انه يقع واحدة، و البيان اليه قال صاحب الذخيرة و هو الاظهر و الاشبه، و فيه لو قال علي حرام و لم تكن له امراة لم يلزمه شيء، لانه يمين بالطلاق و لا زوجة له. فان تزوج امراة و باشر الشرط اختلفوا فيه، قال ابوجعفر تبين الزوجة. و قال غيره لاتبين، و به اخذ الفقيه ابوالليث و عليه الفتوى. و لو قال انت حرام الف مرة فهي واحدة. و لو طلق الحرة واحدة ثم قال انت علي حرام ينوي ثنتين لاتصح نيته، و ان نوى الثلاث صحت و يقع طلقتان اخريان، و ان لم ينو اليمين فهو يمين، لان تحريم الحلال يمين، و اليمين في الزوجات ايلاء. و لو قال انتما علي حرام فنوى الثلاث في احداهما و واحدة في الاخرى كان كما نوى عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ذكره المرغيناني و لو قال انت معنى في الحرام او قال انا عليك حرام، او قال حلال فقالت انت معنى او على مثل ما انت على جميع اهل المصر فهي طالق ان نواه، و لو قال الطلاق يلزمني يقع واحدة، و هذا الكلام ناشئ عن اهل مصر فروع: آلى من امراته ثم قال لاخرى اشركتك في ايلاء هذه كان باطلاً. و لو قال انت علي حرام ثم قال لاخرى اشركتك معها كان مولياً منهما، و كذا قول قال ان وطئتك فعبدي هذا حر فمات العبد او اعتقه بطل الايلاء، و به قال الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى و لو قال و الله لا وطئتك في الدبر، اي فيما دون الفرج لم يصر مولياً، خلافا لمالك رحمه الله تعالى و لو قال و الله لا اجامعك الا جماع سوء(٣) سئل عن نيته، فان قال اردت الوطء في الدبر صار مولياً، و لو قال اردت به جماعا ضعيفا لايزيد على التقاء الختانين لم يكن موليا و لو قال اردت التقاء الختانين فهو مول، كما لو قال و الله لا اطأك الا فيما دون فان لم يكن له نية فليس بشيء. و لو قال ان قربتك فعلي ان امش في السوق لايكون مولياً عند الجمهور، الا رواية عن احمد رحمه الله تعالى و لو قال الذمي(٤) و الله لا اقربك فهو مول عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لانه من اهل الطلاق، و

---

(١) و اراد من المشائخ الخ كذا في العناية. (٢) فتاوى الاوزجندي الخ كذا في فتح القدير ص٥٦ ج٤. (٣) الاجماع سوء الخ كذا في المغنى ص٥٢١ ج٨ و فتح القدير ص٤١ ج٤ و راجع لنحو هذه الفروع الكثيرة الفتاوى الهندية ص٤٧٦ ج١ و مابعده. (٤) قال الذمي الخ راجع لنحوه الفتاوى الهندية ص٤٧٦ ج١ اوائل باب الايلاء.

به قال الشافعي رحمه الله تعالى و كذا ظهاره، و به قال احمد و ابو ثور رحمهما الله تعالى و قال مالك رحمه الله تعالى يسقط باسلامه، و قال ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى ان حلف بالله لايصير مولياً، و لو حلف بالعتق و الطلاق يصير مولياً. و لو حلف بالصوم و الحج و العمرة و الصدقة لايصير مولياً بالاتفاق. و لو آلى مسلم من امرأته ثم ارتد ثم اسلم ثم تزوجها يكون مولياً عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و روى ابويوسف رحمه الله تعالى عنه يبطل ايلاءه. و لو ابانها في مدة الايلاء ثم قربها بطل ايلاؤه. و لو ظاهر ثم ارتد ثم اسلم فهو على ظهاره في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يسقط و روى زفر عن ابي حنيفة ان ظهاره يبطل عنده للحنث. و لو فاء اليها بلسانه و هي مبانة لايبطل و يقع الطلاق بمضي مدة الايلاء لعدم صحة الفيء باللسان بعد البينونة و كذا لايصح بعد مضي مدة الايلاء و ان اختلفا في الفيء بعد بقاء المدة فالقول للزوج لانه يملك الفيء، و بعد مضي المدة فالقول لها لانه ادعى الفيء في حالة لايملك فيها الفيء.

باب الخلع

واذا تشاق الزوجان وخافا ان لايقيما حدود الله فلا باس بان تفتدى نفسها منه بمال يخلعها

(باب الخلع)

اي هذا باب في بيان احكام الخلع. و قال الاترازي الخلع اسم من الانخلاع، و كذا قال الكاكي، و قال الاكمل(١) الخلع بالضم اسم من قولهم خلعت المراة زوجها، و اختلعت عنه بمالها. قلت قال الجوهري خلع ثوبه و نعليه و قائده خلعاً(٢) و خلع عليه خلعة(٣) و خالع امراته خلعاً بالضم انتهى، فدل كلامه ان الخلع بالضم و الخلع بالفتح كلاهما مصدران غير ان الفرق(٤) بينهما انه اذا كان بمعنى النزع الحقيقي يستعمل بالفتح، فاذا كان بمعنى المجاز يستعمل بالضم، لان كلا من الزوجين لباس لصاحبه، كما قال الله تعالى هن لباس لكم(٥) فاذا فعلا ذلك فانهما نزعا لباسهما، فيكون من باب ترشيح الاستعارة، و الفرق بينه و بين التجريد ان ترشيح الاستعارة ينظر فيه الى جانب المستعار منه، كقولك رايت بحرا جار و التجريد ينظر فيه الى جانب المستعار له كقولك رأيت بحرا ماء احسن من مائه، فالخلع من باب الترشيح على ما لايخفى و قال الجوهري أيضا خالعت المرأة بعلها اذا رضي على طلاقها ببذل منها له فهي خالع و الاسم الخلع، و قد تخالعا و اختلعت فهي مختلعة. و خلع الوالي اي عزل، و اما معناه الشرعي(٦) فهو عبارة عن اخذ مال من المراة بازاء النكاح بلفظ الخلع و شرطه شرط الطلاق، و حكمه حكم الطلاق البائن و صفته انه من جانب المراة معاوضة على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى و يمين من الجانبين عندهما على ما ياتي بيانه ان شاء الله تعالى (و اذا تشاق الزوجان) اي اذا اختصما و اختلفا مشتق من الشق و هو الجانب فكان الزوجين اذا تخاصما و تجادلا ياخذ كل واحد شقا خلاف شق صاحبه (و خافا) اي علما، لان الخوف من لوازم العلم، و المراد من الخوف العلم، قاله ابوعبيد (ان لايقيما حدود الله) اي ما يلزمهما من حقوق الزوجية (فلا باس بان تفتدي نفسها منه بمال يخلعها) الضمير في نفسها يرجع للمراة، لان لفظ الزوجين يدل عليه، و في - منه - يرجع الى

(١) الاكمل في العناية ص٥٧ ج٤ و الجوهري ص١٢٠٥ ج٣ و راجع عمدة القاري باب الخلع ص٢٦٠ ج٢٠.
(٢) خلعا - بفتح الخاء. (٣) خلعة بكسر الخاء. (٤) ان الفرق الخ و في عمدة القاري و انما جاء مصدره بضم الخاء تفرقة بين الاجرام و المعاني يقال خلع ثوبه و نعله خلعا بفتح الخاء و خلع امراته خلعا بضم الخاء الخ. (٥) هن لباس لكم البقرة ١٨٧. (٦) معناه الشرعي الخ كذا في العناية ص٥٧ ج٤ و في فتح القدير ص٥٨ ج٤ و صفته انه يمين من جانب الزوج معاوضة من جانبها فتراعى احكام اليمين من جانبه و احكام المعاوضة من جانبها عند ابي حنيفة و عندهما هو يمين من الجانبين و ستاتي ثمرة الخلاف انتهى.

به، لقوله تعالى فلاجناح عليهما فيما افتدت به

الزوج بالوجه المذكور و الضمير المستتر في - يخلعها - يرجع الى الزوج و البارز - الهاء - الى المراة، و في (به) يرجع الى المال (لقوله تعالى فلاجناح عليهما فيما افتدت به)(١) اي فلا اثم على الزوجين لا على الرجل فيما اخذ و لا على المرأة فيما اعطت فداء من فداه من الاسر اذا استنقذه لما ان النساء عوان عند الازواج، لان النبي صلى الله عليه وسلم سمى النساء اسارى في قوله عليه الصلوة و السلام اتقوا الله في النساء، فانهن عندكم عوان رواه الترمذي(٢) و العواني جمع عانية، و الذكر عاني و هو الاسير، و روى البخاري(٣) في حديث عكرمة عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما ان امراة ثابت بن قيس رضي الله عنها اتت النبي صلى الله تعالى عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس ما اغيب عليه في خلق و لا دين، و لكني اكره الكفر في الايمان، انتهى. اي لشدة بغضها اياه لدمامة وجهه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اتردين عليه حديقته، قالت نعم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقبل الحديقة و طلقها و الآية نزلت في ثابت و امراته، و هو اول خلع في الاسلام قاله الزمخشري، و اختلفوا(٤) في امراة ثابت بن قيس، فقيل حبيبة بنت سهل، و قيل جميلة بنت سهل، و قيل جميلة بنت سلول، و سلول اسم امه، و زينب بنت عبدالله بن ابي ابن سلول و الاول اكثر و انما قال لاباس بان تفتدي نفسها، لان الطلاق ابغض المباحات عند الله تعالى. و روى الترمذي(٥) من حديث ثوبان رضي الله تعالى عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المختلعات هن المنافقات، و قال غريب و روى الترمذي ايضا عن ثوبان رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما امراة سالت زوجها طلاقا من غير باس فحرام عليها رائحة الجنة. ثم اعلم انه لم يخالف في جواز الخلع الا بكر(٦) بن عبدالله المزني، و زعم ان الآية التي دلت على جوازه منسوخة بآية النساء، و هي

---

(١) فيما افتدت به البقرة ٢٢٩. (٢) الترمذي باب ماجاء في حق المراة على زوجها ص١٣٩ ج١ و لفظه استوصوا بالنساء خيرا فانما هن عوان عندكم الحديث و قال الترمذي و معنى قوله عوان عندكم يعنى اسرى في ايديكم. روى الترمذي هذا الحديث عن عمرو بن الاحوص رضي الله تعالى في خطبته حجة الوداع و قال هذا حديث حسن صحيح و اخرجه الامام احمد في مسنده ص٦٩ ج٦ حديث ٢٠١٧٢ عن ابي حرة الرقاشي عن عمه مرفوعا في قصة حجة الوداع في حديث طويل فاتقوا الله عزوجل في النساء فانهن عندكم عوان الخ. (٣) البخاري باب الخلع ص٧٩٤ ج٢. (٤) اختلفوا في امراة الخ راجع لهذا التحقيق عمدة القاري ص٢٦٣ ج٢٠ و فتح الباري ص٤٩٨ ج٩. (٥) الترمذي باب ما جاء في الخلع ص١٤٢ ج١. (٦) الابكر الخ و في عمدة القاري و الفتح بكر بن عبدالله المزني التابعي المشهور و راجع لهذا المبحث فتح القدير و عمدة القاري و فتح الباري.

فاذا فعل ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة، و لزمها المال لقوله عليه الصلوة و السلام الخلع تطليقة بائنة

قوله تعالى و ان اردتم استبدال زوج .... الآية(١) و ليس كذلك لان شرط النسخ تاخير تاريخ الناسخ و الاختلاف و تعذر الجمع و لم يوجد واحد منهما، قال ابن شبرمة و ابوقلابة لاتحل حتى يجد على بطنها رجلا لقوله تعالى و لا تعضلوهن الى قوله الا ان ياتين بفاحشة مبينة(٢) و قالت الظاهرية(٣) لايجوز الخلع الا بشرطين، الا اذا كرهته المراة و خافت ان لاتوفيه حقه فلها ان تفتدي نفسها بتراضيه. و قالت طائفة لايجوز الخلع الا باذن السلطان، يروى عن ابن سيرين و سعيد بن جبير و الحسن البصري. و قالت طائفة لايجوز الخلع الا ان تقول المراة لزوجها لا اطيع لك امرا و لا اغتسل لك من جنابة. و قالت طائفة لايجوز الا مع نشوزه و اعراضه (فاذا فعل ذلك) و في بعض النسخ فاذا فعلا ذلك بالف التثنية، اي الزوجان اذا فعلا ذلك، اي الخلع الموصوف (وقع بالخلع تطليقة بائنة و لزمها المال) و هو(٤) قول عثمان و علي و ابن مسعود رضي الله تعالى عنهم و الحسن و ابن المسيب و عطاء و شريح و الشعبي و قبيصة بن ذويب و مجاهد و ابي سلمة و النخعي و الزهري و الاوزاعي و الثوري و مكحول و ابن ابي نجيح و عروة و مالك و الشافعي رحمهم الله تعالى في الجديد، و عليه الفتوى، ذكره في المبسوط. و قالت الظاهرية تطليقة رجعية، حتى لو راجعها رد عليها ما اخذه و قال احمد و اسحاق بن راهوية رحمهما الله تعالى فرقة بغير طلاق، و هو قول ابن عباس رضي الله تعالى عنه و الشافعي في القديم قيل ذكرت الشافعية ان الشافعي غسل كتبه القديمة و اشهد على نفسه بالرجوع عنها فمن جعلها مذهبا فقد كذب عليه، قال امام الحرمين وغيره معا قال ان الفتوى عليه من القديم في خمسة عشر مسالة فذلك بالاجتهاد منهم و لم ينسبه الى الشافعي رحمه الله تعالى (لقوله عليه الصلوة و السلام) اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم (الخلع تطليقة بائنة) هذا الحديث رواه الدارقطني(٥) ثم البيهقي في سننيهما من حديث عباد بن كثير عن ايوب عن عكرمة عن ابن

(١) الآية النساء ٢٠. (٢) مبينة النساء ١٩. (٣) الظاهرية الخ و في فتح القدير ص٥٨ ج٤ و قيدت الظاهرية صحته بما اذا كرهته و خالف ان لايوفيها حقها او ان لاتوفيه حقه و منعته اذا كرهها هو. (٤) و هو قول عثمان الخ راجع عمدة القاري ص٢٦٠ ج٢٠ و فتح الباري ص٤٩٥ ج٩ و الاوجز ص٣٧١ ج٤ و المغنى ص١٨٠ ج٨ و تكملة شرح المهذب ص١٥ ج١٧ و اعلاء السنن باب ان الخلع تطليقة ص٢٣١ ج١١. (٥) الدارقطني ص٤٦ ج٤ و البيهقي في سننه باب الخلع هل هو فسخ او طلاق ص٣١٦ ج٧ و نصب الراية ص٢٤٣ ج٣ و العمدة ص٢٦١ ج٢٠ و في اعلاء السنن ص٢٣١ ج١١ باب ان الخلع تطليقة روى عبدالرزاق في مصنفه (باب الفداء ص٤٨٢ =>

عباس رضي الله تعالى عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقة بائنة و رواه ابن

=> ج٦) عن سعيد بن المسيب رحمه الله تعالى ان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم جعل الخلع تطليقة (زيلعي) و رجاله رجال الصحيح و في تهذيب التهذيب ص٨٥ ج٤ قال الميموني و حنبل عن احمد مرسلات سعيد صحاح لانرى اصح من مرسلاته و في الدراية ص٢٣٠ بسند صحيح و في حاشية الاعلاء و المراد بالتطليقة هي البائنة فانها المطلوبة من بدل الخلع كما هو ظاهر و في الهداية لانها لاتتسلم المال الا لتسلم لها نفسه و ذالك بالبينونة و في الاعلاء عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه قال جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة رواه الدارقطني و ابن عدي و فيه عباد بن كثير و هو واه. الدراية ص٢٣٠ قلت نقلته اعتضادا و عن نافع ان ربيع بنت معوذ بن عفراء رضي الله تعالى عنها جاءت هي و عمتها الى عبدالله بن عمر فاخبرته انها اختلعت من زوجها في زمن عثمان بن عفان رضي الله تعالى عنهم فبلغ ذالك عثمان فلم ينكره و قال عبدالله بن عمر عدتها عدة المطلقة رواه مالك في المؤطا باب ما جاء في الخلع ص٥١٨ و قال مالك رحمه الله تعالى انه بلغه ان سعيد بن المسيب و سليمان بن يسار و ابن شهاب كانوا يقولون عدة المختلعة مثل عدة المطلقة ثلاثة قروء. فان قلت روى الترمذي و قال حسن غريب عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه ان امراة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فامرها النبي صلي الله عليه وسلم ان تعتد بحيضة و هذا يدل على ان عدة المختلعة حيضة و الخلع ليس بطلاق فانه لو كان طلاقا لكان عدته عدته و الجواب عنه ان المراد جنس حيضة فيكون احترازا عن الشهر و الطهر و اما في الدراية و قد صح عن ابن عباس الخلع فرقة و ليس بطلاق اخرجه الدارقطني و اخرج عبدالرزاق عنه اذا طلق امراته تطليقتين ثم اختلعت منه حل له ان ينكحها فالجواب عن هذه الآثار انها موقوفات لاتتعارض المرفوع انتهى باختصار ما. و قد حقق ابن الهمام رحمه الله تعالى في هذا المقام فاجاد و افاد و من نصه في فتح القدير ص٥٩ الى ٦١ ج٤ و قالت الحنابلة لايقع بالخلع طلاق بل هو فسخ بشرط عدم نية الطلاق لاينقض عدد الطلاق و قال آخرون يقع و يكون رجعيا فانْ راجعها رد البدل الذي اخذه رواه عبدالرزاق عن معمر عن قتادة عن سعيد بن المسيب قال فكان الزهري يقول ذالك وجه قول المزني ان قوله تعالى فلاجناح عليهما فيما افتدت به نسخ حكمها بقوله تعالى و ان ازدتم استبدال زوج مكان زوج و آتيتم احداهن قنطارا فلاتاخذوا منه شيئا اجيب بانه متوقف على العلم بتاخر هذه و عدم امكان الجمع و الاول منتف و كذا الثاني و لان هذا النهي متعلق بما اذا اراد الزوج استبدال غيرها مكانها و الآية الاخرى مطلقة فيكف تكون هذه ناسخة لها مطلقا نعم لو اراد بالنسخ تقدم حكمها على المطلقة في تلك الصورة أعنى صورة ارادة الزوج الاستبدال بها من غير نشوز منها كان حسنا و حاصله انه يجب تقديم هذا الخاص على العام و هو حينئذ وجه مذهب الظاهرية فان قيل الجواب مبنى على تقديم الخاص مطلقا فالجواب لايصح لان هذا الموضع مما يجب فيه تقديم الخاص عندنا لانا اذا قلنا يتعارضان كان الحكم الثابت حينئذ وجوب الترجيح اذا امكن و الترجيح يثبت =>

عدي في الكامل و اعله بعباد بن كثير الثقفي، و اسند عن البخاري قال تركوه و عن النسائي

=> للمحرم على المبيح لان فيه الاحتياط و هو هنا في تقديم الخاص فيجب ان يقدم هذا الخاص هنا بحكم المعارضة لا بحكم التخصيص و كل موضع قدمنا فيه العام على الخاص عند تعارضهما في ذلك الفرد كان لثبوت الاحتياط بسبب كون حكم العام منعا و الخاص يخرج منه بعض الافراد كما في لا صلاة بعد الفجر و العصر مع قوله صلى الله عليه وسلم لاتمنعوا احدا طاف بهذا البيت و صلى اية ساعة شاء من ليل او نهار و ايجابا كقوله صلي الله عليه وسلم فيما سقت السماء العشر مع قوله ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة و الافنفس كونه عاملا يقتضى التقدم لعين مفهومه بل لما يشتمل عليه من الاحتياط بل الجواب القول بموجبها و هو عدم حل الاخذ اذا كان النشوز من قبله و هو ما ذكر المصنف بقوله كره له ان ياخذ يعني كراهة التحريم المنتهضة سببا للعقاب و ان قال الامام المحبوبي في جوابهم تاويل الآية في الحل و الحرمة لا في منع وجوب المال و تملكه لان الحرمة لاتثبت مع معارضة موجبها فان المعارضة تنفى القطعية لتطرق احتمال نسخها بالمعارض لكنه اراد ما ذكرنا و سياتى ما هو الحق فيه ان شاء الله تعالى وجه قول الحنابلة و هو قول الشافعي في القديم ما روى عن طاوس عن ابن عباس الخلع فرقة و ليست بطلاق رواه الدارقطني عنه و روى عبدالرزاق عنه لو طلق رجل امراتة تطليقتين ثم اختلعت منه حل له ان ينكحها قالوا ذكر الله تعالى الطلاق في اول الآية و في آخرها و الخلع بينهما و روى نافع مولى ابن عمر انه سمع ربيع بنت معوذ بن عفراء تخبر ابن عمر انها اختلعت من زوجها على عهد عثمان بن عفان فجاء عمها الى عثمان فقال ان ابنة معوذ اختلعت من زوجها اليوم افتنتقل فقال عثمان لتنتقل و لا ميراث بينهما و لا عدة عليها الا انها لاتنكح حتى تحيض حيضة خشية ان يكون بها حبل فقال ابن عمر عثمان خيرنا و اعلمنا فهولاء اربعة من الصحابة فان ربيع و عمها صحابيان قالوا بذلك و يستدل عليه ايضا بالآية قال تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان الى ان قال فلاجناح عليهما فيما افتدت به ثم قال فان طلقها يعني الثالثة المفاد شرعيتها بقوله تعالى او تسريح باحسان على ما اسلفناه من التقرير في فصل فيما تحل به المطلقة فيكون الافتداء غير طلاق و الا كان الطلاق اربعا و الثاني منتف و ايضا فان النكاح عقد يقبل الفسخ و قد تحقق فسخه بخيار البلوغ و العتق و عدم الكفاءة فلا مانع من كونه كذلك في الافتداء قلنا اما هذا الاخير فحاصله انه وجه مجوز لكونه فسخا لايوجب كون الواقع في الواقع احد الجائزين بعينه و هو انه فسخ او طلاق فلايفيد و اما الآية فبالنظر الى نفس التركيب يفيد بعد غاية التنزل ان الافتداء فرقة ليس غير فان حاصل الثابت به كونه تعالى بعد ما افاد شرعية الثلاث و بين ذلك نص على حكم آخر هو جواز دفعها البدل تخلصا من قيد النكاح و اخذه منها من غير تعرض لكونه غير طلاق او طلاقا هو الثالثة اولا فتعين اخذها من خارج البتة و هذا اوجه من قولهم بين الثالثة بعوض و بغيره لانه لايحتاج الجواب اليه كما سمعت ولانه يقتضى ان لايشرع الخلع الا بعد ثنتين بل انما نص على شرعية الثلاث و بين حكما آخر هو جواز الافتداء عن ملك النكاح من غير زيادة على =>

قال متروك الحديث. و عن شعبة احذروا حديثه و سكت عنه الدارقطني الا انه اخرج عن ابن

=> ذلك و اما ما ذكروه عن عثمان فبتقدير ثبوته ليس فيه سوى انه قال لا عدة عليها و لاتنكح حتى تحيض حيضة و اصل هذا ما روى من حديث ابن عباس ان امراة ثابت بن قيس اختلعت منه فامرها النبي صلي الله عليه وسلم ان تعتد بحيضة فسمى الحيضة عدة رواه ابوداود و الترمذي و الحاكم و صححه ثم راينا صلى الله عليه وسلم حكم في خلع امراة ثابت بن قيس بانها طلقة على ما في البخاري انه قال له اقبل الحديقة و طلقها تطليقة فقول عثمان لا عدة عليها يعني العدة المعهودة للمطلقات و للشارع ولاية الايجاد و الاعدام فهذا يفيدك بتقدير صحته عدم التلازم بين عدم العدة و كونه فسخا على ان الذي تعرفه من حديث عثمان هذا هو ما رواه مالك عن نافع ان ربيع بنت معوذ جاءت هي و عمها الى عبدالله بن عمر فاخبرته انها اختلعت من زوجها في زمان عثمان فبلغ ذلك عثمان فلم ينكره فقال ابن عمر عدتها او عدتك عدة المطلقة و قال بلغنا عن سعيد بن المسيب و سليمان بن يسار و ابن شهاب انهم كانوا يقولون عدة المختلعة ثلاثة قروء و قولهم انه قول اربعة من الصحابة ممنوع لانه ليس كل من اتصف باسم الصحابي يتبع اقضية النبي صلى الله عليه وسلم و آي الاحكام و علم المتاخر و المتقدم صار اهلا للاجتهاد بل يقلد بعضهم من اتصف بذلك و ظاهر حال ربيع و عمها ذلك فانهما قد استفتيا عثمان فقال لهما ما قال فاعتقداه فليس في المعنى الا قول صحابيين لان المقصود قول اهل الاجتهاد و هذا لو ثبت التلازم بين نفي العدة و كونه فسخا و هو منتف بما روى عن عثمان مما يخالف ذلك فلم يبق الاقول ابن عباس و ذلك ما روى مالك عن ام بكرة الاسلمية انها اختلعت من زوجها فارتفعا الى عثمان رضي الله عنه فاجاز ذلك و قال هي طلقة بائنة الا ان تكوني سميت شيئا فهو على ما سميت و لاتعرفه فيه الا ان جمهان لم يعرفه الامام احمد فرد الحديث لذلك و هو جمهان ابويعلي او ابوالعلى مولى الاسلميين و يقال مولى يعقوب القبطي يعد في اهل المدينة تابعيا روى عن سعيد بن ابي وقاص و عثمان بن عفان و ابي هريرة و ام بكرة الاسلمية و روى عنه عروة بن الزبير و موسى بن عبيدة الربذي و غيرهما و قال ابن حبان في الثقات هو جد جدة على بن المديني فهي ابنة عباس بن جمهان روى له ابن ماجة حديثا واحدا في الصوم عن ابي هريرة لكل شيء زكاة و زكاة الجسد الصوم و الصوم نصف الصبر فلهذا صرح اصحابنا بنقل مذهبنا عن عثمان و ابن مسعود و علي رضي الله عنهم ثم يعارضه قول غيره بل و المروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم اسند ابن ابي شيبة حدثنا على بن هاشم عن ابن ابي ليلى عن طلحة بن مصرف عن ابراهيم النخعي عن علقمة عن ابن مسعود رضي الله عنه قال لاتكون طلقة بائنة الا في فدية او ايلاء و روى عن علي ايضا و تقدم ما رويناه عن عثمان و قال عبدالرزاق حدثنا ابن جريج عن داود بن ابي عاصم عن سعيد بن المسيب ان النبي صلي الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقة و مراسيل سعيد لها حكم الوصل الصحيح لانه من كبار التابعين و كبار التابعين قل ان يرسلوا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا عن صحابي و ان اتفق غيره نادرا فعن ثقة هكذا تتبعت مراسيله و به يقوى ظن حجية ما رواه =>

عباس رضي الله تعالى عنه خلافه من رواية طاووس عنه قال الخلع فرقة، و ليس بطلاق انتهى. و لم يذكر احد من الشراح دليلا لنا صحيحا في هذا قال الاكمل(١) لقوله عليه الصلوة و السلام و الخلع تطليقة بائنة، روى ذلك عن عمر و علي و ابن مسعود رضي الله تعالى عنهم موقوفا عليهم و مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انتهى فهذا كما رايت ليس بدليل صحيح، لانه متى ثبت رواية هذا الحديث عن هولاء الصحابة موقوفا عليهم متى يكون مرفوعاً. و قال الاترازي و روى اصحابنا في المبسوط فذكر مثله غير انه قال اولا و لنا ما روي البخاري فذكر حديث ثابت بن قيس الذي ذكرناه عن قريب، و فيه اقبل الحديقة و طلقها فهذا يدل على ان الخلع طلاق، و لكن لايتم بهذا الدليل لان المدعي انه طلاق بائن، و ليس ما يدل على انه بائن. و قال الكاكي روى البخاري انه عليه الصلوة و السلام قال لثابت رضي الله تعالى عنه اقبل الحديقة و طلقها تطليقة. و في رواية قال اقبل الحديقة و خل سبيلها، فدل على انه تطليقة بائنة، و لانه لو

=> المصنف عنه صلى الله عليه وسلم الخلع طلقة بائنة و كذا ما اخرجه الدارقطني و سكت عليه و ابن عدي و اعله بعباد بن كثير الثقفي من ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقة بائنة و ان كان لايصح عل طريق اهل الشان لان الحكم بالضعف انما هو ظاهر مع احتمال الصحة في نفس الامر فجاز ان يقوم دليل الصحة في نفس الامر مع الضعف في الظاهر و ههنا نظر على اصولنا و هو ان ابن عباس رضي الله عنهما روى حديث امراة ثابت بن قيس على ما في البخاري عن ابن عباس ان امراة ثابت بن قيس اتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس لااعتب عليه في دين و لا خلق و لكني اكره الكفر في الاسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اتردين عليه حديقته قالت نعم قال صلى الله عليه وسلم اقبل الحديقة و طلقها تطليقة ثم ان ابن عباس قال بانه فسخ و عمل الراوي عندنا بخلاف روايته ينزل منزل روايته للناسخ اللّهم الا ان يثبت رجوعه كما قالوا و الله اعلم به و الجواب ان بتقدير ان ثابتا طلقها امتثالا لامره صلى الله عليه وسلم لايبقى من محل النزاع و هو الخلع بل يصير طلاقا على مال فقول ابن عباس بعد ذلك الخلع فسخ كلام في مسئلة اخرى فحينئذ ما ياتي من تسمية الراوي له خلعا حيث قال و كان اول خلع في الاسلام يعني اول طلاق بمال لان الظاهر ان المخاطب بقوله صلى الله عليه وسلم طلقها امتثل قوله صلى الله عليه وسلم فطلق و كثيرا ما يطلق الخلع على الطلاق بمال و على كل حال فالاظهر من قول الصحابة ما قلناه مع ما فيه من المرفوع الصريح الذي لايقاومه النقل التقديري و لو تركنا الكل يتعارض و رجعنا الى النظر في المعنى افاد ما قلناه فمن ذلك ما ذكره المصنف رحمه الله تعالى بقوله (و لانه) اي الخلع (من الكنايات). (١) الاكمل في العناية ص٥٨ ج٤ و قد اطال ابن الهمام رحمه الله تعالى بحث الاحاديث المتعلقة بهذه المسئلة راجع فتح القدير ص٦٠ ج٤ و كذالك نصب الراية فيه تفصيل الاحاديث و الآثار.

كان رجعيا يردها كرها فالامر على موضوعه بالنقض قلت لفظ و خل سبيلها وقع في رواية ابي داود(١) من حديث عائشة رضي الله تعالى عنها بلفظ فارقها. و قال الاترازي و اما كون الخلع بائنا فلما روى القطني(٢) في كتاب غريب الحديث الذي صنفه عن عبدالرزاق عن معمر عن المغيرة عن ابراهيم النخعي انه قال الخلع تطليقة بائنة، و ابراهيم قد ادرك الصحابة و زاحمهم في الفتوى، فيجوز تقليده، او يحمل على انه شيء رواه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه من قرن العدول فيحمل امره على الصلاح صيانة عن الجزف و الكذب انتهى. قلت هذا الكلام بطوله لايرد الخصم و لايرضى به. فان قلت الخصم يقول قال الله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان(٣) ثم قال الله تعالى فلاجناح عليهما فيما افتدت به بيانه ان الطلاق محصور بالثلاث بالاجماع، فلو كان الخلع طلاقاً لكان الطلقات اربعاً، و اللازم منتف فينتفي الملزوم، و لان النكاح عقد يحتمل الفسخ بخيار عدم الكفاءة، و خيار العتق و خيار البلوغ، فيجوز فسخه ايضا بالتراضي بالخلع كالبيع. قلت اجيب عن الآية بان الله تعالى ذكر الطلقة الثالثة بعوض و غير عوض، فلايكون الطلاق اربعا، بيانه ان قوله تعالى او تسريح باحسان طلاق بغير عوض، و قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به طلاق بعوض و قال ابوبكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي قوله تعالى الطلاق مرتان، بين حكم الطلقتين على وجه غير الخلع، ثم قال فان طلقها فلاجناح عليهما فيما افتدت به على الطلقتين، يعني على وجه الخلع، ثم قال فان طلقها اي الثالثة يلزم من جعل الخلع طلاقا كون الطلاق اربعاً. قلت فيه تامل و النكاح لايحتمل الفسخ بعد التمام، الا ترى انه لايفسخ بالهلاك قبل التسليم، و الملك الثابت به ضروري لايظهر في حق الاستيفاء، و الفسخ بعدم الكفاءة و خيار البلوغ قبل التمام، فكان في معنى الامتناع عن الاتمام، فاما الخلع يكون بعد تمام العقد، و النكاح لايحتمل الفسخ بعد تمامه و لكن يحتمل القطع في الحال، فيجعل لفظ الخلع عبارة عن رفع القيد فان قلت قال ابن حزم رحمه الله تعالى حديث ثابت رضي الله تعالى عنه منسوخ لما ان رواية ابن عباس و عمله بخلاف روايته دليل نسخه. قلت اجاب الكاكي عن هذا بقوله صح رجوع ابن عباس الى قول العامة، مع انه روى عن ابن عباس انه عليه الصلوة و السلام جعل الخلع تطليقة بائنة، انتهى. قلت هذا مجرد دعوى فلايرضى بها الخصم، فمن هو الذي صح رجوعه، و روايته فان كان الاعتماد على تصحيح روايته عن النبي

(١) ابي داود باب الخلع ص٠ ٣١ ج١ و في رواية ابن عباس رضي الله تعالى عند البخاري و امره ففارقها. (٢) القطني كذا في الاصل لعل الصواب الدارقطني. (٣) باحسان البقرة ٢٢٩.

و لانه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات، و الواقع بالكنايات(١) بائن الا ان ذكر المال اغنى عن النية هنا، و لانها لاتسلم المال الا لتسلم لها نفسها، و ذلك بالبينونة، و ان كان النشوز من قبله يكره له ان ياخذ منها عوضاً، لقوله تعالى و ان اردتم استبدال زوج مكان زوج الى ان قال فلاتاخذوا منه شيئا

صلى الله عليه وسلم كما في الباب، فقد وقفت على حاله مع انه روي عنه خلافه كما ذكرنا. (و لانه) اي و لان الخلع (يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات، و الواقع بالكنايات بائن) سوى قوله انت واحدة، و اعتدي، و استبرئي رحمك (الا ان ذكر المال) جواب عما يقال لو كان الخلع من الكنايات لكانت النية شرطا فيه، و ليست بشرط، فاجاب بقوله - الا ان ذكر المال - (اغنى عن النية هنا) اي في الخلع، تقريره ان جانب الطلاق يتعلق بذكر المال و قبوله بمقابلة فداء نفسها، فلم يحتج الى النية كما في حال مذاكرة الطلاق. (و لانها) اي و لان المراة (لاتسلم المال الا لتسلم لها نفسها) بيانه ان الخلع يحتمل الانخلاع عن اللباس او عن الخيرات او عن النكاح فلما ذكر العوض كان المراد الانخلاع عن النكاح كما مر (و ذلك) إشارة الى ما ذكر من سلامة النفس عند تسليم المال و لا يكون ذلك الا (بالبينونة) فقلنا بكون الخلع بائنا (و ان كان النشوز) من نشزت المراة اذا استصعبت عليه و ابغضته. و قال الزجاج(٢) هو الكراهة و الاعراض من كل واحد من الزوجين عن الآخر، يقال نشزت المراة عن زوجها ثم ان كان النشوز (من قبله) اي من قبل الزوج (يكره له ان ياخذ منها) اي من المراة (عوضاً) قليلا كان او كثيرا (لقوله تعالى فلاتاخذوا منه شيئا)(٣) تمام الآية و آتيتم احداهن قنطاراً فلاتاخذوا منه شيئا اتاخذونه بهتانا و اثما مبينا فالزوج يشترك فيه الذكر و الانثى، كما في قوله تعالى ادخل انت و زوجك الجنة و القنطار ملء مسك ثور ذهباً او فضة، و يقال هو سبعون الف دينار، و يقال الف و مائتا اوقية كذا قال صاحب ديوان الادب، و الاوقية اربعون درهما و قال الزمخشري القنطار المال العظيم. و البهتان ان يستقبل الرجل بامر قبيح، و هو بريء منه، و الآية نص على كراهة اخذ العوض، و مع هذا لو اخذ العوض جاز لان النهي لمعنى في غيره، و هي زيادة الايحاش، فلايعدم مشروعيته كالبيع وقت

---

(١) بالكنايات -ن- بالكناية. (٢) قال الزجاج الخ و في لسان العرب قال ابواسحاق النشوز يكون بين الزوجين و هو كراهة كل واحد منهما صاحبه و اشتقاقه من النشز (بفتح النون و الشين) و هو ما ارتفع من الارض و نشزت المراة بزوجها و على زوجها تنشز (باب ضرب) و تنشز (باب نصر) نشوزا و هي ناشزة ارتفعت عليه و استعصت عليه و ابغضته و خرجت عن طاعته و فركته قال الله تعالى و التي تخافون نشوزهن نشوز المراة استعصاؤها على زوجها و نشز هو عليها نشوزا كذالك و ضربها و جفاها و اضر بها الخ. (٣) شيئا النساء - ٢٠.

ولانه اوحشها بالاستبدال فلايزيد في وحشتها باخذ المال و ان كان النشوز منها كرهنا له ان ياخذ منها اكثر مما اعطاها و في رواية الجامع الصغير طاب الفضل ايضا لاطلاق ما تلوناه

النداء يوم الجمعة يجوز و كره، و يجوز الخلع على مال، و به قال الشافعي و احمد و مالك رحمهم الله تعالى في رواية ابن القاسم. و قال الزهري و مالك لايحل له اخذ شيء اذا كان النشوز منه، و مع ذلك لو تخالعا لزمه الطلاق، و يرد ما اخذ منها. و في الذخيرة خالعها ثم قال لم انو به الطلاق، فان لم يذكر بدلاً صدق قضاء و ديانة، و ان ذكر لايصدق قضاء و فيه لو قضى يكون الخلع فسخا قال بعض اصحابنا ينفذ، لانه مروي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه و قال بضهم لاينفذ و في كتب الشافعية(١) الخلع طلقة اذا كان بلفظ الطلاق، و بلفظ الخلع و الفسخ و المفاداة ان نوى الطلاق فطلاق و ان لم ينو الطلاق فثلاثة اقوال طلاق او فسخ او ليس بشيء و لفظ الخلع صريح، و في قوله كناية و المفاداة كالخلع في الاصح لا خلاف في مذهبه ان الكنايات تقع بلانية، و خالف فيه الائمة الثلاثة رحمهم الله تعالى (و لانه) اي لان الزوج (اوحشها بالاستبدال، فلايزيد في وحشتها باخذ المال) حتى لايحصل لها ضرر من وجهين استبدال الزوج و اخذ المال (و ان كان النشوز منها) من المراة (كرهنا له) اي للزوج (ان ياخذ منها اكثر(٢) مما اعطاها) و هو اخذ الفضل على ما ساق اليها، اما مقدار المهر فلايكره اخذه، و هذه رواية كتاب طلاق الاصل (و في رواية الجامع الصغير طاب) له (الفضل ايضا) اي الفضل على مقدار مهرها (لاطلاق ما تلوناه) و هو قوله تعالى فلاجناح عليهما فيما افتدت به و هو باطلاقه يشمل القليل، و الكثير و المهر وغيره. و في التمهيد و جوز مالك و الشافعي رحمهما الله تعالى الخلع بجميع مالها اذا كان النشوز منها لقوله تعالى فلاجناح عليهما فيما افتدت به و عن مولاة(٣) لصفية بنت ابي عبيد اختلعت بكل شيء لها، فلم ينكر ذلك ابن عمر رضي الله تعالى عنه و قال ابن عمر و ابن عباس رضي الله تعالى عنهما لاباس ان ياخذ منها اكثر مما اعطاها، و هو اخذ الفضل على ما ساق اليها، و هو قول عكرمة و مجاهد و ابراهيم و آخرين قال عكرمة ياخذ منها

---

(١) كتب الشافعية - راجع تكملة شرح المهذب ص١٥ ج١٧. (٢) اكثر مما اعطاها الخ راجع عمدة القاري ص٢٦٢ ج٢٠ و الاوجز ص٣٧١ ج٤ و فتح الباري ص٤٩٦ و ص٥٠٣ ج٩ و المغنى ص١٧٥ ج٨. (٣) و عن مولاة الخ رواه الامام مالك في المؤطا ماجاء في الخلع ص٥١٨ و ابن ابي شيبة ص١٢٥ ج٥ و راجع للآثار المتعلقة بالموضوع نفيا او اثباتا مصنف ابن ابي شيبة ص١٢٢ ج٥ و مابعده عنوان من كره ان ياخذ من المختلعة اكثر مما اعطاها و عنوان من رخص ان ياخذ من المختلعة اكثر مما اعطاها و سنن البيهقي ص٣١٣ ج٧ و مابعدها و فتح القدير لابن الهمام ص٦٣ ج٤ و عبدالرزاق باب المفدية بزيادة على صداقها ص٥٠١ ج٦.

بدءا. و وجه الاخرى قوله عليه الصلوة و السلام في امرأة ثابت بن قيس بن شماس رضي الله تعالى عنه اما الزيادة فلا، و قد كان النشوز منها. و لو اخذ الزيادة جاز في القضاء، و كذلك اذا اخذ و النشوز

حتى مرطها. و قال ابراهيم و مجاهد ياخذ منها عقاص راسها. و في المحلي و كره علي بن ابي طالب و الحكم بن عتبة و حماد بن ابي سليمان و ميمون بن مهران ان ياخذ زيادة على ما اعطاها. و في التمهيد و هو قول الحسن و عطاء و طاووس و عن ابن المسيب و الشعبي لاياخذ منها كل ما اعطاها اذا كان النشوز منه و هو مضار (بدءا) اولا يعني الآية التي بدأنا بها اولاً، و هو قوله تعالى فلاجناح عليهما فيما افتدت به (و وجه الاخرى) اي الرواية الاخرى، اراد به رواية القدوري و هو قوله كرهنا له ان ياخذ اكثر مما اعطاها، و هي رواية الاصل (قوله عليه الصلوة و السلام في امرأة ثابت بن قيس بن شماس، اما الزيادة فلا) هذا روى(١) مرسلاً عن عطاء. و عن ابي الزبير رضي الله تعالى عنه، فحديث عطاء رواه ابوداود في مراسيله عنه قال جاءت امراة الى النبي صلى الله عليه وسلم تشكو زوجها فقال اتردين اليه حديقته التي اصدقك، قالت نعم و زيادة، قال اما الزيادة فلا. و حديث ابي الزبير اخرجه الدارقطني(٢) في سننه عن حجاج عن ابن جريج قال اخبرني ابوالزبير عن ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده زينب بنت عبدالله بن ابي ابن سلول، و كان اصدقها حديقة فكرهته، فقال النبي صلى الله عليه وسلم اتردين عليه حديقته التي اعطاك قالت نعم و زيادة، فقال النبي صلى الله عليه وسلم اما الزيادة فلا، و لكن حديقته فخذها و خل سبيلها انتهى. و قال الاترازي وجه ما روى اصحابنا ان امرأة ثابت بن قيس بن شماس اتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله لا انا و لا ثابت فقال اتردين عليه حديقته، قالت نعم و زيادة، فقال اما الزيادة فلا. فدل الحديث على الكراهة في اخذ الفضل (و قد كان النشوز منها) الواو فيه للحال، و اعلم ان الزيادة المذكورة في حديث ثابت بن قيس ليست ثابتة في رواية البخاري وغيره من الصحاح و قال الاترازي اصحابنا اثبتوها في روايتهم في كتب الفقه، انتهى. قلت هذا عمد في حق الاصحاب، لانهم ما اثبتوها من عندهم بل اعتمدوا فيها على مرسل ابي داود و مرسل ابي الزبير الذين ذكرناهما. (و لو اخذ الزيادة) اي و لو اخذ الزوج الزيادة فيما اذا كان النشوز من قبلها (جاز في القضاء، و كذلك اذا اخذ و النشوز

---

(١) هذا روى مرسلا الخ و في فتح القدير ص٦٢ ج٤ تقدم ذكر الحديث من رواية البخاري و ليس فيه ذكر الزيادة و قد رويت مرسلة و مسندة فروى ابوداود في مراسيله و ابن ابي شيبة (ص١٢٢ ج٥) و عبدالرزاق (ص٥٠٢ ج٦) كلهم عن عطاء الخ. (٢) الدارقطني باب المهر ص٢٥٥ ج٣ و عبدالرزاق ص٥٠٣ ج٦.

منه و لان مقتضى ما تلوناه شيئان الجواز حكماً، و الاباحة و قد ترك العمل في حق الاباحة لمعارض، فبقي معمولاً في الباقي، و ان طلقها على ما فقبلت وقع الطلاق و لزمها المال لان الزوج يستبد بالطلاق تنجيزا و تعليقا(١) و قد علقه بقبولها

منه) اي و كذالك اذا اخذ الزوج و الحال ان النشوز منه (لان مقتضى ما تلوناه) و هو قوله تعالى فلاجناح عليهما فيما افتدت به(٢) (شيئان) تثنية شيء، اشار الى احدهما بقوله (الجواز حكماً) اي شرعاً و اشار الى الآخر بقوله (و الاباحة) و هي الحل (و قد ترك العمل في حق الاباحة لمعارض) اي لاجل معارض، و هو قوله عليه الصلوة و السلام اما الزيادة فلا (فبقي) اي النص (معمولا) به (في الباقي) و هو الجواز، لانه لايلزم من نفي الاباحة نفي الجواز، كما في البيع وقت النداء. فان قيل(٣) الجواز و الاباحة عبارتان عن معنى واحد، لانه لا جواز بدون الاباحة، و لا اباحة بدون الجواز، فكيف يكون احدهما مع انتفاء الآخر. اجيب بل هما شيئان مختلفان لان ضد الاباحة الكراهة، و ضد الجواز الحرمة، و بضدها تتبين الاشياء و كذا شيئان ينفكان، الاترى ان البيع وقت النداء جائز مع الكراهة و ليس بمباح لما ان الاباحة عبارة عن عدم الكراهة، و احتمل ان يكون الشيء جائزا مع الكراهة، و هذا كثير النظير، فان جميع صور النهي في الافعال الشرعية كذلك فان قلت(٤) الحديث الذي فيه - اما الزيادة فلا - خبر واحد، فكيف يعارض قوله تعالى فلاجناح عليهما فيما افتدت به قلت اجيب بان النص اذا خص منه شيء او عورض بنص آخر مثله خرج عن كونه قطعياً فيجوز تخصيصه بخبر الواحد، مع ان هذا الحديث ان كان معارض النص فهو موافق لنص آخر، و هو قوله تعالى فلاتاخذوا فكان في الحقيقة معارضة الكتاب بالكتاب لامعارضة خبر الواحد فجاز التمسك به، لانه موافق لاحد النصين (و ان طلقها على مال) بان قال طلقتك على الف درهم مثلا (فقبلت) في المجلس (وقع الطلاق و لزمها المال) المذكور، و كذا الحكم اذا قال خلعتك على الف درهم و بارأتك على الف درهم، و كذا اذا بدأت المراة فقالت طلقني على الف درهم، او خالعني او بارئني (لان الزوج يستبد) اي يستقل (بالطلاق تنجيزا و تعليقاً) اي من حيث التنجيز بان قال انت طالق، و من حيث التعليق بان قال ان دخلت الدار فانت طالق (و قد علقه بقبولها) و قد علق الزوج طلاقها بقبولها المال، لان الحكم معاوضة من جانب المراة بدليل اقتصاره على المجلس و ولاية الرجوع، فلابد من القبول لانه شرط في

---

(١) و تعليقاً - ن - او تعليقا. (٢) فيما افتدت به البقرة - ٢٢٩. (٣) فان قيل الخ و نحوه في الفتح و العناية. (٤) فان قلت الخ كذا في العناية و الفتح ص٦٣ ج٤.

و المرأة تملك التزام المال لولايتها على نفسها ، و ملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه، و ان لم يكن مالا كالقصاص و كان الطلاق بائنا لما بينا ، و لانه معاوضة المال بالنفس و قد ملك الزوج احد البدلين فتملك هي الآخر، و هو النفس تحقيقاً للمساواة، قال و ان بطل العوض في الخلع مثل ان يخالع المسلم على خمر او خنزير او ميتة فلاشيء للزوج، و الفرقة بائنة

المعاوضات (و المرأة تملك التزام المال لولايتها على نفسها) حاصله ان هذا التصرف معاوضة يعتمد اهلية المتعاوضين و صلاحية المحل اما اهلية الزوج فلانه مستبد بذلك كما قدمناه و اما اهلية المرأة فلانها تتولى امور نفسه، و اما صلاحية المحل فقد اشار اليها بقوله (و ملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه) هذا كانه جواب عما يقال كيف جاز الاعتياض في الخلع و ليس البضع بمتقوم حالة الخروج فاجاب بقوله و ملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه. (و ان لم يكن مالاً) و هو واصل بما قبله (كالقصاص) فانه ليس بمال و جاز اخذ العوض عنه و الجامع وجود الالتزام من اهله. قال الاكمل كذا في بعض الشروح و اراد به شرح الاترازي، فانه قال في شرحه هذا، فكان الاكمل ما اعجبه هذا و لكنه لو كان عنده اوجه منه لبينه قال الاترازي فان قلت لانسلم ان الخلع تعليق الطلاق بالقبول، و يجوز ان يكون تعليقا بالاداء. قلت لان الخلع من المعاوضات و لايجب الاداء في المعاوضات الا بالقبول فكان تعليقا بالقبول دون الاداء. (و كان الطلاق) اي الطلاق الواقع على المال (بائنا لما بينا) و اشار به الى قوله - والواقع بالكنايات بائن - (و لانه) اي و لان الطلاق المذكور (معاوضة المال بالنفس) لانها تخلص نفسها بالمال الذي تدفعه اليه (و قد ملك الزوج احد البدلين) و هو المال (فتملك هي) اي المراة (الآخر و هو النفس تحقيقا للمساواة) بينهما لان نفسها لاتسلم لها الا بالبائن، لان حق الزوج في الرجعي ليس بمنقطع، فلو جعل الخلع رجعياً لذهب مالها بلاعوض، و لم يحصل غرضها، و ذلك لايجوز، و كذلك يلزمها المال، لانها من اهل الالتزام و قد تصرفت في خالص حقها، فلو لم يلزمها بعد قبولها لزم الغرور على الزوج و ذا لايجوز، و لانه لم يرض بفوات حقه بلاعوض (قال) اي القدوري رحمه الله تعالى (و ان بطل العوض في الخلع مثل ان يخالع المسلم على خمر او خنزير او ميتة فلاشيء للزوج و الفرقة بائنة) اي يقع الطلاق البائن، و الحكم فيما اذا خالعها على خمر او دم كذلك، و به صرح في التحفة و المغني(١) و لو خالعها على خمر او خنزير او ميتة او دم او حر فهو كالخلع بغير عوض لايلزمها عند الائمة الثلاثة رحمهم الله تعالى و اصحابهم، و يقع عند مالك و احمد رجعياً، و عند زفر

---

(١) المغني ص٣٠٢ ج٨.

و ان بطل العوض في الطلاق كان رجعيا فوقوع الطلاق في الوجهين للتعليق بالقبول، و افتراقهما في الحكم لانه لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع، و هو كناية، و في الثاني الصريح و هو يعقب الرجعة، و انما لم يجب للزوج شيء عليها، لانها ما سمت مالاً متقوماً حتى تصير غارة له و لانه لا وجه الى ايجاب المسمى للاسلام

ترد مهرها، و عند الشافعي يجب مهر المثل و يقع طلاقاً بائنا كقولنا انتهى. و اعلم ان الخلع و الطلاق على ما لايحل كالخمر و اخواتها جائز، و يقع الطلاق لوجود الشرط، و لايجب له عليها شيء، لانها لم تغرره، و الخمر و ان كانت مالا لكنها ليست بمتقومة، لان الشرع اهانه، و الامر في الميتة اظهر، لانها ليست بمال اصلا، بخلاف ما اذا اغرته و قالت اختلع منك بهذا الخل فاذا هو خمر عليها ان ترد المهر الماخوذ في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى و في قولهما عليها مثل كل ذلك من خل وسط، كذا ذكر الخلاف في مبسوط(١) شمس الائمة السرخسي رحمه الله تعالى و انما لم يبطل الخلع ببطلان العوض، لان الخلع لايبطل بالشروط الفاسدة (و ان بطل العوض في الطلاق كان) اي الطلاق (رجعياً) اي في الموطوءة دون الثلاث، و به قالت الائمة الثلاثة رحمهم الله تعالى (فوقوع الطلاق في الوجهين) يعني ببطلان العوض في الخلع، و ببطلان العوض في الطلاق، و اشار به الى وجه الافتراق بينهما فقال وقوع الطلاق في الوجهين (للتعليق بالقبول) اي لاجل تعليق الطلاق بقبول المرأة (و افتراقهما) اي الوجهين (في الحكم لانه) اي لان الشان (لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع) قال تاج الشريعة(٢) لفظ الخلع ينصب العامل و يرفع لفظ الخلع بخط المصنف، انتهى. و اراد بالاول ببطلان العوض في الخلع (و هو) اي لفظ الخلع (كناية) من الفاظ الكنايات، و الواقع بالكناية بائن سوى الالفاظ الثلاثة التي مر بيانها فيما تقدم. و قال الكاكي هو كناية لاينتفى به، بل يجب ان يقال و هو كناية، و لها دلالة على قطع الوصلة، لانه مشتق من خلع الخف او القميص، و انما احتيج الى هذا التاويل لانه من الكنايات ما هو رجعي، انتهى. قلت هذا زيادة تعسف في التصرف على ما لايخفى (و في الثاني) و هو بطلان العوض في الطلاق (الصريح) اي صريح الطلاق (و هو) اي الصريح (يعقب الرجعة) لبقاء المحل (و انما لم يجب للزوج شيء عليها) اي على المرأة (لانها ما سمت مالاً متقوماً حتى تصير غارة له) اي للزوج، فاذا لم تصر غارة فلايجب عليها شيء (و لانه) اي و لان الشان هذا دليل آخر (لا وجه الى ايجاب المسمى للاسلام) اي لاجل الاسلام، لان المسلم ممنوع

---

(١) مبسوط ص١٩١ ج٦. (٢) قال تاج الشريعة الخ لم افهمه. و الظاهر ان لفظ العامل اسم كان فيكون مرفوعا و كلمة لفظ الخلع خبره فيكون منصوبا.

و لا الى ايجاب غيره لعدم الالتزام بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه فظهر انه خمر لانها سمت مالاً فصار مغروراً و بخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد، لان ملك المولى فيه متقوم، و ما رضي بزواله مجانا، اما ملك البضع في حالة الخروج غير متقوم على ما نذكر و بخلاف النكاح لان البضع في حالة الدخول متقوم، و الفقه(١) انه شريف فلم يشرع تملكه الا بعوض اظهارا لشرفه فاما الاسقاط فنفسه شرف فلاحاجة الى

من تسليمه و تسلمه (و لا الى ايجاب غيره) اي لا وجه ايضا لالزام غيره (لعدم الالتزام) من جهة الغير بذلك (بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه فظهر انه خمر لانها سمت مالا فصار) اي الزوج (مغروراً) لانها غرته حيث قالت هذا الخل بعينه، فاذا هو خمر، فلزم عليها رد المهر الذي الذي اخذته عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما يجب كيل مثل ذلك من خل وسط كما في الصداق. و لو علم الزوج بكونه خمراً فلاشيء له. وعند الشافعي رحمه الله تعالى يجب مهر المثل، و عند احمد و ابي ثور رحمهما الله تعالى يجب قيمته (و بخلاف ما اذا كاتب) عبده (او اعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد، لان ملك المولى فيه) اي في العبد (متقوم) حتى لو غصب وجبت القيمة على الغاصب (و ما رضى) اي المولى (بزواله) اي بزوال ملكه (مجاناً) اي بلاشيء، قال الجوهري قولهم اخذه مجاناً اي بلابدل، و هو فعال(٢) لانه ينصرف انتهى. قلت ذكره في باب مجن، و قال(٣) المجون ان لايبالي الانسان ما صنع، و انتصابه على انه صفة لمصدر محذوف تقديره ما رضي زوالاً مجاناً (اما ملك البضع) يعني في الخلع (في حالة الخروج غير متقوم) فلايلزم من بطلان البدل فساد الخلع (على ما نذكره) اراد به ما يذكره بعيد هذا بقوله - و الفقه .... الى آخره - (و بخلاف النكاح) اشار به الى الفرق بينه و بين الخلع، حيث يصح النكاح و يجب مهر المثل و يصح الخلع و لايجب شيء (لان البضع في حالة الدخول متقوم) و لهذا اذا تزوج المريض امرأة بمهر مثلها جاز من جميع المال (و الفقه فيه) اي في كون البضع غير متقوم في حالة الخروج دون الدخول، و الفقه في اللغة الفهم، و لكن العرف خصه بعلم الشريعة، و خصصه بعلم الفروع منها (انه) اي ان البضع (شريف) يعني له قدر في نفسه (فلم يشرع تملكه الا بعوض) يقابله (اظهاراً لشرفه) اي لاجل الاظهار انه شريف، فلم يشرع تملكه بلا بدل اظهارا لخطر المحل (فاما الاسقاط) اي اسقاط ملك الزوج عن البضع (فنفسه شرف فلاحاجة الى

---

(١) و الفقه - ن - و الفقه فيه. (٢) فعال بفتح الفاء و تشديد العين. (٣) و قال الي الجوهري المجون بضم الميم والجيم.

ايجاب المال قال و ما جاز ان يكون مهراً جاز ان يكون بدلاً في الخلع، لان ما يصلح عوضاً للمتقوم اولى ان يصلح لغير المتقوم. فان قالت له خالعني على ما في يدي فخالعها و لم يكن في يدها شيء فلاشيء(١) عليها،

ايجاب المال) لعدم لزوم اهانة المحل المحترم. و قال السغناقي فنفسه شرف اي يتشرف المرأة حيث تعود مالكة على نفسها من كل وجه كما كانت، فلذلك لم يجب على الزوج شيء، بخلاف النكاح، فانه يجب عليه المهر لان في النكاح استيلاء على كل محترم، فيجب المال على ما يقابله بالاستيلاء. و قال الكاكي فلاحاجة الى ايجاب المال الا اذا تراضيا على مال، و في الجواهر للمالكية خالعها على حرام و حلال صح مثل خمر ومال و لايجب للزوج الا المال، و هو قياس قول اصحابنا و احمد و قياس قول الشافعي يجب مهر المثل. في جوامع الفقه خالعها على عبد نفسه لايلزمها شيء، لانه مال لايستحق بحاله، و لابد من القبول لوقع الطلاق، كخلع المبانة و الصغيرة، و لو خالعها على براءتها من دين لها عليه غير المهر، او على براءتها من كفالة نفس، او على تاخير دين لها عليه صحت البراءة و التاخير الى اجل معلوم، و يكون الطلاق رجعياً، و يصح التاجيل في بدل الخلع الى اجل مجهول و جهالة مستدركة نحو الحصاد و الدياس و الى القطاف و هبوب الرياح لايجوز و كذا الى الميسرة لايصح التاجيل. و في المحيط و يجب المال حالاً. و في جهالة البدل تفسد التسمية و هو قول احمد، و قال ابوثور تفسد بالجهالة، و هو قول ابي بكر من الحنابلة. و قال الشافعي يجب مهر المثل كالنكاح (قال) اي القدوري رحمه الله تعالى (و ما جاز ان يكون مهراً جاز ان يكون بدلاً في الخلع) و هذا باجماع العلماء و انما لم يذكر عكسه حيث لم يقل و ما لايجوز ان يكون مهرا لايجوز ان يكون بدلاً في الخلع لان من الاشياء ما لايصلح لبدل الخلع كدرهم الى تسعة دراهم (لان ما يصلح عوضا للمتقوم اولى ان يصلح لغير المتقوم) هو البضع ايضا، لانه غير متقوم حالة الخروج، و لهذا اذا اختلعت على ثوب موصوف جاز كما في المهر، و ان اختلعت على ثوب فالتسمية فاسدة للجهالة كما في المهر، و له المهر، لانها غرته و لايجوز هنا ما لايجوز ثمة، كما اذا اختلعت على ما لايحل كالخمر و الميتة، لكن هنا لاشيء للزوج على المراة اذا وقع الخلع بقبول الزوج، بخلاف النكاح على الخمر و نحوها حيث يجب مهر المثل (فان قالت له) اي المرأة لزوجها (خالعني على ما في يدي فخالعها و لم يكن في يدها شيء فلاشيء له عليها) اي فلاشيء للزوج على المرأة، لان كلمة ما عامة تتناول المال وغيره

---

(١) فلاشيء - ن - فلاشيء له.

لانه لم تغرره(١) بتسمية المال و ان قالت خالعني على ما في يدي من مال، فخالعها فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها، لانها لما سمت مالاً لم يكن الزوج راضياً بالزوال الا بعوض، و لا وجه الى ايجاب المسمى و قيمته للجهالة، و لا

(لانها لم تغرره بتسمية المال) اي لان المراة لم تغرر زوجها بذكر ماله قيمة، و المراد من اليد الجارحة و كذا اذا اختلعت على ما في هذ البيت(٢) او على ما في شجري او نخلي، او بطون غنمي، فلم يكن شيء في تلك الساعة لايرجع عليها كما ذكرنا، اما اذا كان في تلك الساعة شيء فله ذلك، لان المنازعة الناشئة من الجهالة ترتفع بالاشارة الى المحل، و في النكاح يجب مهر المثل في هذه الصور، لان البضع متقوم عند الدخول و في الصورة المذكورة يقع الطلاق و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى. و في البسيط لو وقع الخلع بدون ذكر المال قيل يجب المال، بخلاف النكاح، فاذا قلت لايجب هل يفتقر الى القبول، قيل يفتقر، لان المخالعة مفاعلة كالمقاتلة و المضاربة فلابد منه، و الخلع قد يقف على القبول كخلع السفيهة و الصغيرة على مال، و في الوسيط لو قال خلعتك على ما في كفك صح الخلع ان صححنا بيع الغائب و ترك على ما في كفها، و ان لم يصح فسد العوض و يجب الرجوع الى مهر المثل. قال الغزالي و قال ابوحنيفة رحمهما الله تعالى ان لم يكن في كفها شيء نزل على ثلاثة دراهم، و علل و قال السروجي مذهب أبي حنيفة و اصحابه انه لايلزم شيء البتة من غير خلاف، و نقله عنه غلط قبيح، و تقليد وهم و خيال باطل مبني على الخطأ او المجازفة فيه و قال و كان قد اتفق ثلاثمائة مفتي على اباحة دمه في ايام السلطان محمد رحمه الله تعالى و افتوا بقتله من اجل اعتقاده مذهب الحكماء فقال السلطان محمود انا رجل عامي لااعرف هذا الامر ان وجب قتله فاقتلوه فخلصه منهم الارصابندي من الحنفيةثم صنف احياء علوم الدين و ذكر فيه مناقب ابي حنيفة و اطنب في مدحه بالعلم و الزهد و الورع، و ذكر ابن عطية في تفسيره في سورة التكوير: ذهب قوم من الملحدين كالغزالي الى ان الشمس نفس ابن آدم، و النجوم عيناه و حواسه، و العشاء ساقاه، و ذلك عند موته. و كفروه بامور منها ليس في الممكن ابدع من هذا العالم (و ان قالت خالعني على ما في يدي(٣) من مال فخالعها فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها لانها سمت مالا لم يكن الزوج راضياً بالزوال الا بعوض، و لا وجه لايجاب المسمى و قيمته للجهالة و لا وجه) اي و لا

---

(١) لم تغرره -ن- لم تغره. (٢) على ما في هذا البيت الخ راجع لنحو هذه الفروع الفتاوى الهندية ص٤٩٤ج١.
(٣) ما في يدي من مال الخ راجع المغنى ص١٨٧ ج٨ و مابعده و تكملة شرح المهذب ص٢٥ ج١٧ و مابعده.

الى قيمة البضع اعني مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج، فتعين ايجاب ما قام به على الزوج دفعاً للضرر عنه و لو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم او من الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء فعليها ثلاثة دراهم، لانها سمت الجمع و اقله ثلاثة، و كلمة من هنا للصلة

وجه ايضا بالرجوع (الى قيمة البضع، اعني مهر المثل، لانه غير متقوم حالة الخروج) لان الزوج لم يملك شيئاً، بل اسقط حقه عنها (فتعين ايجاب ما قام به على الزوج) اي ايجاب ما قام البضع بالمال على الزوج، و هو المهر، و به قال القاضي من الحنابلة. و في المغنى عليها ما يقع عليه اسم المتاع، و عند احمد و عند الشافعي عليها مهر المثل قولاً واحداً (دفعاً للضرر عنه) اي عن الزوج، لان فيه دفعاً للغرور بقدر الامكان، و لايقال البضع صار مستهلكاً و لا امكان لفسخ الخلع، فيجب قيمة البضع عليها، لانا نقول يبطل ذلك بارتداد المرأة، فان استهلاك البضع حاصل مع هذا لا رجوع بقيمة البضع عليها. و في قاضي خان لو قال لها اخلعي نفسك بالمال او بما شئت، و قالت اختلعت لايقع الطلاق، لانه يصير مستزيداً و مستنقصاً و هو محال، و كذا لو قال بالف فقالت اختلعت ذكر في الوكالة انه يقع، و في الطلاق انه لايتم، و لو قال اخلعي نفسك و لم يذكر مالاً ذكر خواهر زادة انه تقع طلقة واحدة بائنة، و في المنتقي لايصح و لايكون دخولها الا بالمال، الا ان ينوى الزوج الطلاق بغير مال، و كذا لو قال لغيره اخلع امراتي فليس له ان يخلعها الا بمال. و ذكر ابن سماعة عن محمد انه يكون طلاقاً بائنا بغير مال، و به اخذ المشايخ. و في جوامع الفقه لو قال بعتك نفسي بكذا كان خلعاً و لم يذكر البدل في رواية هشام و ابن سماعة عن محمد. و عن الكرخي و ابي القاسم انه ليس بخلع. و في موضع آخر انه يقع به طلاق بائن و لايبرأ الزوج عن المهر. و عن ابن سلام يبرأ، و هو اختيار الشهيد حسام الدين في الفتاوى و في الفتاوى ان نوى الطلاق يقع و لايبرأ من المهر و قال اخلعي نفسك كذا. فقالت فعلت لم يذكر البدل كان سؤالاً و طلباً للخلع، حتي لو قال خلعتك بكذا يتوقف على قبولها، هكذا في الاصل. و عن محمد يقع بغير شيء، و كذا لو قالت اخلعني بمال. و في الفتاوى لو قال اشتري نفسك مني و لم يذكر مالاً فقالت اشتريت لايصح، بخلاف قوله اخلعي نفسك مني فقالت اختلعت. و لو قالت اخلعني بكذا فقال طلقتك فهو جواب. و قيل ابتداء و لو قال طلقتك للسنة هو ابتداء بلا خلاف. ولو قال خلعتك بكذا فقالت نعم فليس بشيء كانها قالت نعم خلعتني، و لو قالت رضيت او اجزت صح (و لو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم او من الدراهم ففعل و لم يكن في يدها شيء فعليها ثلاثة دراهم، لانها سمت الجمع و اقله ثلاثة، و كلمة من هنا للصلة) اي للبيان

دون التبعيض لان الكلام يختل بدونه و ان اختلعت على عبد لها آبق على انها بريئة من ضمانه لم تبرأ و عليها تسلم عينه ان قدرت و تسليم قيمته ان عجزت، لانه عقد المعاوضة فيقتضى سلامة العوض، و اشتراط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل، الا ان الخلع لايبطل بالشروط الفاسدة

(دون التبعيض، لان الكلام يختل بدونه) اي بدون من، لانها لو قالت اخلعني على ما في يدي دراهم كان الكلام مختلا، فكان صلة، و يبقى لفظ الجمع فيلزمها ثلاثة دراهم. فان قلت(١) ينبغي ان يلزمها درهم واحدٌ، لان الجمع المعرف باللام للجنس، قلت نعم اذا كان الجمع مجرداً عن الاضافة و الاشارة لاختصاصه بما تحويه يده و الدراهم جمع حقيقة، فيجب اعتبار معنى الجمعية علي انا نقول اللام الداخل على الجمع فيه اختلاف، قيد البعض بمطلق الجمع لعل المصنف ذهب الى هذا القول و لايرد عليه ما اذا قال لامراته اختاري من الثلاث ما شئت، فانها اذا اختارت الواحدة او الثنتين يصح، لان - من - فيه للتبعيض لعدم اختلال الكلام بدونه، بخلاف صورة الخلع، فان - من - فيها للتبيين و الصلة لاختلال الكلام بدونه، و لايقال المفهوم من اختاري ما شئت غير المفهوم من اختاري من الثلاث ما شئت، لانا نقول المغايرة بين المعنيين لاتقتضي الاختلال في الكلام، لان المدعي صحة الكلام بدون ذكر من، و صحته ليست بموقوفة على عدم المغايرة (و ان اختلعت على عبد لها آبق على انها بريئة من ضمانه) اي ايابه، يعني لاتطيق على تحصيله ان وجدته سلمته، و الا فلاشيء عليها (لم تبرأ) و عند مالك رحمه الله تعالى لاضمان عليها، و عند الشافعي رحمه الله تعالى يجب مهر المثل ان صح الخلع، و في الاصح عنده لايصح الخلع (و عليها تسليم عينه) اي و على المرأة تسلم عين العبد (ان قدرت، و تسليم قيمته ان عجزت، لانه) اي لان الخلع (عقد المعاوضة، فيقتضي سلامة العوض، و اشتراط البراءة عنه) اي عن الزوج (شرط فاسد فيبطل) اي الشرط (الا ان الخلع لايبطل بالشروط الفاسدة) و كذا التبرعات لاتبطل بها فان قيل(٢) سلمنا ان الخلع لايبطل بالشرط الفاسد، و لكن ينبغي ان

(١) فان قلت الخ و في الكفاية ص٦٧ ج٤ فان قيل هذا يستقيم اذا لم تكن الدراهم محلاة بالالف و اللام اما اذا كانت محلاة بهما فينبغي ان يجب درهم واحدة كمالو حلف ان لايشترى العبيداو لايتزوج النساء لان الجمع المعرف باللام كالمفرد المعرف باللام قلنا انما ينصرف الى الجنس اذا عرى عن قرينة دالة على العهد كما في النظير و قد وجدت القرينة الدالة على العهد هنا و هو قولها على ما في يدي و هذا لان الدراهم جمع حقيقة وانما تتعطل معنى الجمعية عند ارادة الجنس للضرورة و لاضرورة هنا على انه انما ينصرف الى الجنس اذا امكن حمله على كل الجنس ولم يمكن هنا لاستحالة ان يكون كل الدراهم في يدها انتهى. (٢) فان قيل سلمنا الخ كذا في العناية ص٦٨ ج٤.

و على هذا النكاح و اذا قالت طلقني ثلاثا بالف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف لانها لما طلبت الثلث بالف فقد طلبت كل واحدة بثلث الالف و هذا لان حرف الباء تصحب(١) الاعواض و العوض ينقسم على المعوض و الطلاق بائن لوجوب المال و ان قالت طلقني ثلاثا على الف فطلقها واحدة فلاشيء عليها عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و يملك الرجعة و قالا هي واحدة بائنة بثلث الالف،

تفسد التسمية و يرجع الزوج عليها بالمهر. و الجواب ان مبنى الخلع على التوسع فلايمنع صحته باعتبار الاباق، لان العقد اذا كان صحيحاً كان ما يناقضه من الشرط فاسداً ساقطاً، و الساقط لايؤثر في فساد شيء. فان قيل(٢) الخلع كما يوجب تسليم المسمى فكذا يوجب تسليمه بوصف كونه سليما، و اشتراط البراءة عن وصف السلامة صحيح، فيصح اشتراطها عن تسليم المسمى ايضا اجيب بان استحقاق تسليم المسمى فوق تسليمه بوصف السلامة، الا ترى ان بيع ما لايقدر على تسليمه لايجوز، و البيع بشرط البراءة عن العيوب يجوز، فلايلزم من جواز الادنى جواز الاعلى (و على هذا النكاح) يعني على هذا الحكم اذا تزوجها على عبد آبق له باشتراط البراءة عن ضمانه جاز النكاح، و لم يبرأ عن ضمانه، و يجب تسليم عينه اذا قدر، و الا تسليم قيمته (و اذا قالت طلقني ثلاثا بالف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى و عند مالك رحمه الله تعالى يقع بالف، و عند احمد رحمه الله تعالى يقع بغير شيء (لانها لما طلبت الثلاث بالالف فقد طلبت كل واحدة بثلث الالف، و هذا لان حرف الباء تصحب الاعواض، و العوض ينقسم على المعوض) اي على اجزاء المعوض، فيقابل كل طلقة بثلث الالف فان قلت هذا يشكل بالبيع فلو قال بعت منك هذه العبيد الثلاثة كل واحده بثلث الالف فقبل البيع في واحده بعينه لم يجز، و لم يجب ثلث الالف. قلت الطلاق لايبطل بالشرط الفاسد لقبوله التعليق و الاخطار، و لا كذلك البيع (و الطلاق بائن لوجوب المال) اي بالاجماع (و ان قالت طلقني ثلاثا على الف فطلقها واحدة، فلاشيء عليها عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى) و به قال احمد رحمه الله تعالى كقوله في الباء. و قال مالك رحمه الله تعالى كالكلام في الباء (و يملك الرجعة) لانها لما لم يجب المال، لان الشروط لاتتوزع على اجزاء الشرط كان الطلاق رجعياً لان الزوج كان مبتدئاً في ايقاع الطلاق، و صريح الطلاق يعقب الرجعة في المدخولة اذا لم يقرن بالثلاث (و قالا) اي قال ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى (هي واحدة بائنة بثلث الالف)

---

(١) تصحب – ن – يصحب. (٢) فان قيل الخلع الخ كذا في العناية ص٦٨ ج٤.

لان كلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات حتي ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم او على درهم سواء، و له ان كلمة على للشرط قال الله تعالى يبايعنك على ان لايشركن بالله شيئا(١) و من قال لامراته انت طالق على ان تدخلي الدار كان شرطاً، و هذا لانه للزوم حقيقة، و استعير للشرط لانه يلازم الجزاء، و اذا كان للشرط فالمشروط لايتوزع على اجزاء الشرط،

اي الطلقة واحدة بائنة، و به قال الشافعي رحمه الله تعالى (لان كلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات) يعني تستعمل في المعاوضات بمعنى الباء و الخلع معاوضة، فيكون بمنزلة الباء كدخوله على المال دون الطلاق، و المال لايقبل التعليق (حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم او على درهم سواء) سواء بالرفع خبر ان، و الباء لمعان كثيرة منها تستعمل بمعنى الاستعلاء فتكون بمعنى على، كما في قوله تعالى من ان تامنه بقنطار(٢) اي على قنطار، و اذا مروا بهم اي عليهم يتغامزون(٣) (و له) اي و لابي حنيفة رحمه الله تعالى (ان كلمة على للشرط، قال الله تعالى يبايعنك على ان لايشركن بالله شيئا) اي بشرط ان لايشركن، و هذا في بيعة النساء و الشرط يقابل المشروط جملة، و لايقابله اجزاءه و على هذا لو قال لها انت طالق على ان تدخلي الدار كان شرطاً، و كذا اذا قال بعت هذا العبد على انه خباز او كاتب كان شرطاً فان قلت يشكل هذا بما اذا قالت له طلقني و فلانة على الف، فطلقها وحدها كان عليها حصتها من المال بمنزلة ما لو التمست بحرف الباء. و اجيب بانه حملت هناك على الباء، لانه لا غرض لها في طلاق فلانة، فيجعل ذلك كالشرط. و لها في اشتراط ايقاع الثلاث غرض صحيح، كذا في المبسوط(٤) (و من قال لامراته انت طالق على ان تدخلي الدار كان شرطاً) هذه المسألة للاستشهاد على ان على للشرط، و ليست هي بمسألة ابتدائية (و هذا لانه) اي لان حرف على (للزوم حقيقة، و استعير للشرط لانه) اي لان الشرط (يلازم الجزاء) بيانه ان كلمة على للاستعلاء، ثم اذا استعملت للشرط تكون مجازاً، و يجوز المجاز للاتصال من حيث الملازمة، لان وجود الشرط مستلزم لوجود الجزاء (و اذا كان للشرط فالمشروط لايتوزع) على صيغة المجهول، يقال توازعوه اذا اقتسموه، و هو متعد كما ترى (على اجزاء الشرط) لان المشروط لايوجد الا عند وجود الشرط، و الشرط عبارة عن جميع الاجزاء فلايقع جزء من المشروط بوجود جزء من الشرط، لعدم وجود الشرط

---

(١) شيئا - الممتحنة ١٢. (٢) بقنطار آل عمران - ٧٥. (٣) يتغامزون - المطففين - ٣٠. (٤) المبسوط للسرخسي ص١٧٥ ج٦.

بخلاف الباء، لانه للعوض على ما مر، و اذا لم يجب المال كان مبتدأ فوقع الطلاق و يملك الرجعة. و لو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثا بالف او على الف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء، لان الزوج ما رضي بالبينونة الا ليسلم(١) الالف(٢) كلها بخلاف قولها طلقني ثلاثا بالف لانها لما رضيت بالبينونة بالف كانت ببعضها ارضى. ولو قال انت طالق على الف فقبلت طلقت و عليها الالف و هو كقوله انت طالق بالف و لابد من القبول في الوجهين لان معنى قوله بالف بعوض الف يجب لي عليك، و معنى قوله على الف على شرط الف

(بخلاف حرف الباء، لانه للعوض على ما مر) اي عند قوله لان حرف الباء يصحب الاعواض (و اذا لم يجب المال) في المسالة المذكورة، و هي قوله و ان قالت طلقني ثلاثاً... الى آخره (كان مبتدأ) اي كان الرجل مبتدأ غير مبني على سوالها (فوقع الطلاق) رجعيا، و هو معنى قوله (و يملك الرجعة) لان الطلاق الصريح يعقب الرجعة (و لو قال الزوج طلقني نفسك ثلاثا بالف او على الف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء، لان الزوج ما رضي بالبينونة الا لتسلم له الالف كلها) لان رضاه بزوال ملكه بالالف لايدل على رضاه بزوال ملكه باقل من الالف (بخلاف قولها طلقني ثلاثا بالف) فطلقها واحدة يقع واحدة بائنة (لانها لما رضيت بالبينونة بالف كانت ببعضها) اي ببعض الالف (ارضى) يعني لما رضيت بتملك نفسها بوقوع البينونة بالالف كان رضاها باقل من الالف بالطريق الاولى (و لو قال لها انت طالق على الف فقبلت طلقت و عليها الالف) و انما توقف على قبولها، لانه ايجاب معاوضة فلابد من القبول، فاذا قبلت وقعت واحدة بائنة لوجوب المال، لكن بشرط القبول في المجلس، حتى اذا قامت قبل القبول بطل ذلك، لانه بمنزلة تعليق الطلاق بمشيئتها و تمليك الامر منها، و التمليكات تقتصر على المجلس (و هو كقوله انت طالق بالف) اي حكم هذا حكم ذلك فيما ذكر. و ذكر التمرتاشي(٣) لو قال انت طالق بالف او على الف او خالعتك على الف او باريتك او طلقتك بالف يقع على القبول في المجلس، وهذا يمين من جهة فيصح تعليقه و اضافته، و لايصح رجوعه و لايبطل بقيامه عن المجلس، و يتوقف على البلوغ عليها اذا كانت غائبة لانه تعليق الطلاق بقبولها المال، و هو من جهتها المبادلة، فلايصح تعليقها و اضافتها، و يصح رجوعها قبل قبول الزوج، و يبطل بقيامها عن المجلس (و لابد من القبول في الوجهين) اي في قوله انت طالق على الف، و في قوله انت طالق بالف (لان معنى قوله بالف بعوض الف يجب لي عليك، و معنى قوله على الف على شرط الف

---

(١) ليسلم -ن- لتسلم. (٢) الالف -ن- له الالف. (٣) التمرتاشي الخ كذا في الكفاية ص٧١ ج٤.

يكون لي عليك والعوض لايجب بدون قبوله و المعلق بالشرط لاينزل قبل وجوده، و الطلاق بائن لما قلنا. و لو قال لامرأته انت طالق و عليك الف فقبلت او قال لعبده انت حر و عليك الف فقبل عتق العبد و طلقت المرأة و لاشيء عليهما عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و كذا اذا لم يقبلا، و قال على كل واحد منهما الالف اذا قبل و اذا لم يقبل لايقع الطلاق و العتاق. لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان قولهم احمل هذا المتاع و لك درهم بمنزلة قولهم بدرهم، و له انه جملة تامة فلاترتبط بماقبله الا بدلالة اذ الاصل فيها الاستقلال و لا دلالة، لان الطلاق و العتاق ينفكان عن المال،

يكون لي عليك، و العوض لايجب بدون قبوله، و المعلق بالشرط لاينزل قبل وجوده، و الطلاق بائن لما قلنا)(١) اي لوجوب المال (و لو قال لامرأته انت طالق و عليك الف، فقبلت، او قال لعبده انت حر و عليك الف فقبل عتق العبد و طلقت المرأة و لاشيء عليهما) اي على المرأة و العبد، اي لايجب عليهما شيء (عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و كذا اذا لم يقبلا) اي المرأة والعبد (و قالا) اي قال ابويوسف و محمد و به قال الشافعي و احمد رحمهم الله تعالى (على كل واحدة منهما) اي من المرأة و العبد (الالف اذا قبل) اي كل واحد منهما (و اذا لم يقبل لايقع الطلاق و العتاق) و كذا اي على الخلاف اذا قالت طلقني و لك الف درهم ففعل الزوج وقع الطلاق، و لم يكن له في الالف شيء عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى (لهما) اي لابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة) اراد بهذا الكلام قوله و عليك الف و هو يستعمل للمعاوضة، و الخلع معاوضة ايضا (فان قولهم احمل هذا المتاع و لك درهم بمنزلة قولهم بدرهم) و كذا خط هذا الثوب و لك درهم توضيحه ان الواو قد تكون للحال، و لا وجه لتصحيح كلامه ان يحمل على ذلك، فيصير كانه قال انت طالق في حال ما يجب عليك الف، و لايكون ذلك الا بعد قبولها، كما لو قال اد الي الفا و انت طالق، او لعبده اد الي الفا و انت حر، فان الطلاق و العتاق لايقعان الا بالمال (و له) اي و لابي حنيفة رحمه الله تعالى (انه) اي ان قوله عليك الف (جملة تامة) مستقلة بنفسها لانها مبتدأ و خبر، و الاصل فيها الاستقلال (فلاترتبط بما قبلها الا بدلالة الحال، اذ الاصل فيها) اي في الجملة (الاستقلال) اي الاستبداد بنفسها (و لا دلالة) هنا على الارتباط بما قبلها (لان الطلاق و العتاق ينفكان عن المال) لان

---

(١) لما قلنا - و في العناية لما قلنا يعني في اول هذا الباب من الحديث و هو قوله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة و من المعقول و هو قوله و لانها لاتسلم المال الا لتسلم لها نفسها.

بخلاف البيع و الاجارة لانهما لايوجدان دونه. ولو قال انت طالق على الف على اني بالخيار او على انك بالخيار ثلاثة ايام فقبلت فالخيار باطل اذا كان للزوج وهو جائز اذا كان للمرأة، فان ردت الخيار في الثلاث بطل، و ان لم ترد طلقت و لزمها الالف، و هذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى. و قالا الخيار باطل في الوجهين و الطلاق واقع، و عليها الف درهم لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد و التصرفان لايحتملان الفسخ من الجانبين، لانه في جانبه يمين و من جانبها شرطها و لابي حنيفة رحمه الله تعالى ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع حتى يصح رجوعها، و لايتوقف على ما وراء المجلس، فيصح اشتراط الخيار فيه، اما في جانبه فيمين(١) حتى لايصح رجوعه و يتوقف على ما وراء المجلس، و لا خيار

عادة الكرام فيهما الامتناع عن قبول عوض (بخلاف البيع و الاجارة، لانهما لايوجدان دونه) اي دون المال لكونهما معاوضة محضة فيصلح ان يكون حال المعاوضة دليلاً (ولو قال انت طالق على الف درهم على اني بالخيار، او على انك بالخيار ثلاثة ايام فقبلت) اي قالت قبلت (فالخيار باطل اذا كان للزوج) فالطلاق واقع (وهو) اي الخيار (جائز اذا كان للمرأة فان ردت الخيار في الثلاث) اي في ثلاثة ايام (بطل) اي الطلاق (و ان لم ترد) اي الخيار (طلقت و لزمها المال و هذا) اي هذا الذي ذكرناه عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى (وقالا) اي ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى (الخيار باطل في الوجهين) اي فيما اذا كان الخيار من جانبها او من جانبه (و الطلاق واقع و عليها الف درهم) و به قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى (لان الخيار) اي شرعية الخيار (للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد) يعني اثر الخيار في الفسخ بعد صحة الايجاب لا في المنع من الايجاب (و التصرّفان) اي ايجاب الزوج و قبول المرأة (لايحتملان الفسخ من الجانبين) اي من جانب الزوج و جانب الزوجة (لانه) لان الخلع (في جانبه يمين) لانه ذكر شرط و جزاء معنى و اليمين لايقبل الفسخ (و من جانبها شرطها) اي اليمين فان يمين الزوج تتم بقبول المرأة فاخذ قبولها حكم اليمين في عدم احتمال الفسخ (و لابي حنيفة رحمه الله تعالى ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع) لانه تمليك مال بعوض (حتى يصح رجوعها و لايتوقف على ما وراء المجلس) و لو قامت من المجلس بطل كما في البيع و اذا كان كذلك (فيصح اشتراط الخيار فيه، اما في جانبه) اي اما الخلع في جانب الزوج (فيمين حتى لايصح رجوعه و يتوقف على ماوراء المجلس و لا خيار

---

(١) فيمين – ن – يمين.

في الايمان و جانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق. و من قال لأمراته طلقتك امس على الف درهم فلم تقبلي فقالت قبلت فالقول قول الزوج، و من قال لغيره بعت منك هذا العبد بالف درهم امس فلم تقبل، فقال قبلت فالقول قول المشتري، و وجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه فالاقرار به لايكون اقرارا بالشرط لصحته بدونه، و اما البيع فلايتم الا بالقبول لاقرار به اقرار بما لايتم الا به فانكاره القبول رجوع منه، قال و المباراة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل

في الايمان و جانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق) يعني يصح الخيار من العبد، اذا خيره في الاعتاق على مال كما يصح الخلع من جانب المرأة توضيحه اذا طلقها على مال جعل لها الخيار ثلاثة ايام جاز عند ابي حنيفة لانه في معنى البيع، فكذلك اذا اعتق عبده على مال، و جعل له الخيار ثلاثة ايام جاز، لانه في معنى البيع و عندهما لايصح الخيار، لان بذل المال شرط اليمين و لايصح الخيار في اليمين، و كذا في شرطها فان قيل ثبوت الخيار ثبت بخلاف القياس، فلايقاس عليه غيره. قلنا اثبتنا الخيار هنا بدلالة النص لا بالقياس، فان ثبوت الخيار في البيع لرفع الغبن في الاموال و الغبن في النفوس اضر، و الحاجة الى الراي فيه اكثر، فانه ربما يفوته هذا الازدواج على وجه لايحصل له مثله ابداً، فيصح فيه الخيار للتامل، و هذا المعنى يعرفه كل من يعرف اللغة، فيكون ثابتاً بدلالة النص (و من قال لامرأته طلقتك امس على الف درهم، فلم تقبلي فقالت قبلت فالقول قول الزوج) مع يمينه (و من قال لغيره بعت منك هذا العبد بالف درهم فلم تقبل، فقال قبلت فالقول قول المشتري، وجه الفرق) اي بين المسألتين، مسألة الطلاق و مسألة البيع (ان الطلاق بالمال يمين من جانبه) لانه تعليق الطلاق بشرط قبول المرأة المال و اليمين يتم بالحالف (فالاقرار به) اي باليمين، و انما ذكر الضمير على تاويل الحلف(١) (لايكون اقراراً بالشرط) اي لوجود الشرط، لانه اذا وجد الشرط انحلت اليمين و ارتفعت فكان القول قول الزوج مع اليمين (لصحته) اي لصحة اليمين، وجه تذكير الضمير مر الآن (بدونه) اي بدون الشرط (اما البيع فلايتم الا بالقبول، فالاقرار به) اي بالبيع (اقرار بما لايتم الا به) الضمير المستتر في – لايتم – يرجع الى البيع ايضا (فانكاره القبول رجوع منه) فلايصدق (قال) اي القدوري رحمه الله تعالى (و المباراة كالخلع) المباراة من بارأ شريكه، اي ابرأ كل واحد منهما صاحبه، و هي بالهمزة. قال في المغرب ترك الهمزة خطأ (كلاهما) اي كل من المباراة و الخلع (يسقطان كل حق لكل

---

(١) تاويل الحلف و في العناية على تاويل الحلف او المذكور.

واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاحعند ابي حنيفة رحمه اللّه تعالى و قال محمد رحمه اللّه تعالى لايسقط فيهما الا ما سمياه و ابويوسف رحمه اللّه تعالى معه في الخلع، و مع ابي حنيفة رحمه الله تعالى في المباراة. لمحمد رحمه اللّه تعالى ان هذه معاوضة، و في المعاوضات يعتبر المشروط لا غير، و لابي يوسف رحمه اللّه تعالى ان المباراة مفاعلة من البراءة فتقتضيها من الجانبين، و انه مطلق قيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض، اما الخلع فمقتضاه الانخلاع و قد حصل في نقض النكاح، و لا ضرورة الى انقطاع الاحكام و لابي حنيفة رحمه اللّه تعالى ان

واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح) اي بسبب النكاح مثل المهر و النفقة الماضية دون المستقبلة لان المختلعة و المباراة تستحق النفقة و السكنى مادامت في العدة، و به صرح الحاكم الشهيد في الكافي، و قوله - بما يتعلق على الآخر بالنكاح - احتراز عن دين وجب بسبب آخر، فانه لايسقط على ظاهر الرواية، و نفقة العدة لاتسقط ايضا الا بالتسمية، و كذا السكنى بالاجماع، و لو خالعها و لم يذكر المال و قبلت لايسقط شيء من المهر في ظاهر الرواية، و قال الشيخ الامام السعدي و شيخ الاسلام سقط ان كان عليه، و لايجب عليها رد ما قبضت، لان المال مذكور عرفاً بذكر الخلع هذا (عند ابي حنيفة رحمه اللّه تعالى و قال محمد رحمه اللّه تعالى لايسقط فيهما) اي في المباراة و الخلع (الا ما سمياه) اي الزوجان يعني لايسقطان شيئا سوى المسمى في عقد الخلع، و به قال الشافعي رحمه اللّه تعالى (و ابويوسف معه) اي مع محمد (في الخلع، و مع ابي حنيفة في المباراة لمحمد ان هذه) اي المباراة والخلع (معاوضة، و في المعاوضات يعتبر المشروط لا غير) اي الذي وقع عليه الشرط (و لابي يوسف ان المباراة مفاعلة من البراءة) و باب المفاعلة يقتضي نسبة الفعل الى فاعلين الى احدهما صريحاً، و الى الآخر ضمنا فثبت براءة كل واحد منهما بالآخر، و هو معنى قوله (فتقتضى) اي فتقتضى البراءة (من الجانبين و انه) اي و ان لفظ البراءة و التذكير باعتبار المذكور (مطلق) يعني غيرمقيد بشيء (فقيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض) و هو وقوع البراءة عما وقعت البراءة لاجله و هو النشوز الحاصل بسبب وصلة النكاح و انقطاع المنازعة، انما يكون باسقاط ما وجب بسبب تلك الوصلة، كذا قاله بعض الشراح، و قيل الغرض هو قطع المنازعة الناشئة بالنكاح، فتقيد البراءة بالحقوق الواجبة بالنكاح (اما الخلع فمقتضاه الانخلاع، و قد حصل في نقض النكاح، فلاضرورة الى انقطاع الاحكام) اي سائر الاحكام، لانها لم تكن بسبب وصلة النكاح (و لابي حنيفة رحمه اللّه تعالى ان

الخلع ينبئ عن الفصل و منه خلع النعل و خلع العمل و هو مطلق كالمباراة فيعمل باطلاقهما في النكاح و احكامه و حقوقه. و من خلع ابنته و هي صغيرة بمالها لم يجز عليها، لانه لا نظر لها فيه اذ البضع في حالة الخروج غير متقوم و البدل متقوم بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند الدخول و لهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث و نكاح المريض بمهر المثل من جميع المال، و اذا لم يجز لايسقط المهر و لايستحق مالها، ثم يقع الطلاق في رواية، و في رواية لايقع، و الاول اصح لانه تعليق بشرط

الخلع ينبئ عن الفصل، و منه خلع النعل و خلع العمل) و هو انفصال العامل عنه (و هو) اي الخلع (مطلق كالمباراة) فيضاف الى الكامل (فيعمل باطلاقهما) اي باطلاق المباراة و الخلع (في النكاح و احكامه و حقوقه) الواجبة به دون سائر الديون و قال الاترازي ثم بالخلع هل يقع البراءة من دين آخر سوى دين النكاح في ظاهر الرواية و في رواية الحسن عن ابي حنيفة يقع، و كذلك المباراة هل توجب البراءة عن سائر الديون فيه اختلاف المشائخ، و الصحيح انها لاتوجب، و كذا في الفتاوى الصغرى، اما اذا كان العقد بلفظ الطلاق على مال فهل تقع البراءة عن الحقوق المتعلقة بالنكاح، ففي ظاهر الرواية لاتقع، لان لفظ الطلاق لايدل على اسقاط الحق الواجب بالنكاح. و في رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله تعالى تقع البراءة عنها لاتمام المقصود. و لو كان الخلع بلفظ البيع و الشراء اختلف المشائخ فيه على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى قال في الفتاوى الصغرى، و الصحيح انه كالخلع و المباراة (و من خلع ابنته و هي صغيرة بمالها لم يجز عليها) و به قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى و قال مالك رحمه الله تعالى يجوز، لان ولايته نظرية (لانه لانظر لها فيه) اي في هذا الخلع (اذ البضع) اي لان البضع (في حالة الخروج غير متقوم) و لهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث (و البدل متقوم) و لانظر في الزام ما هو متقوم بمقابلة ما ليس بمتقوم (بخلاف النكاح) فان الرجل اذا زوج ابنه الصغير امرأة بمهر المثل صح (لان البضع متقوم عند الدخول) اي حالة الدخول (و لهذا) اي و لاجل كون البضع في حالة الخروج غير متقوم، و متقوم عند الدخول (يعتبر خلع المريضة من الثلث) اي من ثلث التركة (و نكاح المريض) اي يعتبر نكاح المريض (بمهر المثل من جميع المال) فكانه بمقابلة المتقوم بالمتقوم، و هذا من وجوه النظر (و اذا لم يجز) اي الخلع (لايسقط المهر و لايستحق مالها) اي لايستحق الزوج مالها بدل الخلع (ثم يقع الطلاق في رواية، و في رواية لايقع و الاول) اي وقوع الطلاق (اصح) قال الصدر الشهيد و الامام العتابي في شرحيهما للجامع الصغير (لانه تعليق بشرط

قبوله فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط، و ان خالعها على الف على انه ضامن فالخلع واقع و الالف على الاب لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح، فعلى الاب اولى و لايسقط مهرها، لانه لم يدخل تحت ولاية الاب، و ان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط و لايجب المال، لانها ليست من اهل الغرامة، فان قبله الاب عنها ففيه روايتان، و كذا ان خالعها على مهرها و لم يضمن الاب المهر توقف على قبولها، فان قبلت طلقت و لايسقط المهر، و ان قبل الاب عنها فعلى الروايتين

قبوله) اي لان الخلع تعليق الطلاق بشرط قبول الاب و قد وجد (فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط) مثل ان يقول ان دخلت الدار وغيره و في ذلك يقع ذلك اذا وجد الشرط، فكذلك اذا وجد القبول (فان خالعها) اي فان خالع الاب الصغيرة (على الف على انه) اي ان الاب (ضامن فالخلع واقع، و الالف على الاب، لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح، فعلى الاب اولى) و معنى الضمان هنا التزام المال على نفسه لا لكفالة الصغيرة، لان الزوج لايستحق عليه مالاً حتى يكفل عنها احد (و لايسقط مهرها لانه لايدخل تحت ولاية الاب) بل يبقى الكل ان دخل بها، و النصف ان لم يدخل بها (و ان شرط الالف عليها) اي و ان شرط الاب الالف على الصغيرة (توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول) اي ان كانت عاقلة. و قال التمرتاشي ان كانت(١) تعقل العقد و تعبر عن نفسها (فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط) و هو القبول (و لايجب المال لانها) اي لان الصغيرة (ليست من اهل الغرامة) بل يجب الكل ان دخل بها،و النصف ان لم يدخل بها. (فان قبله الاب عنها) اي فان قبل بدل الخلع الاب عن الصغيرة (ففيه) اي ففي هذا القبول، قاله الاكمل و قال الاترازي، اي في وقوع الطلاق قلت الذي قاله الاكمل هو الصحيح (روايتان) عن اصحابنا في رواية يصح، لان هذا نفع محض، لان الصغيرة تتخلص عن عهدته بغير مال فصح من الاب كقبول الهبة، و في رواية لايصح، لان هذا القبول بمعنى شرط اليمين، و ذلك لايحتمل النيابة كذا في مبسوط شيخ الاسلام في الكافي، و هذا لايصح (و كذا ان خالعها على مهرها) و كذا الحكم ان خالع الصغيرة زوجها على مهرها (و لم يضمن الاب المهر توقف على قبولها، فان قبلت طلقت و لايسقط المهر، و ان قبل الاب عنها فعلى الروايتين) قال تاج الشريعة يعني في قبول الاب المهر روايتان، في رواية يصح، و هو قول عامة المشايخ، لانه نفع محض، و في رواية

---

(١) ان كانت الخ كذا في العناية و الكفاية.

و ان ضمن الاب المهر و هو الف درهم طلقت لوجود قبوله، و هو الشرط و يلزمه خمسمائة استحساناً. و في القياس يلزمه الالف، و اصله في الكبيرة اذا اختلعت قبل الدخول على الف، و مهرها الف ففي القياس عليها خمسمائة زائدة، و في الاستحسان لاشيء عليها لانه يراد به عادة حاصل ما يلزم لها

لايصح، لان هذا القبول شرط اليمين، و ذلك لايحتمل النيابة (و ان ضمن الاب المهر) اي في صورة خلع الاب مع الزوج (و هو) اي المهر (الف درهم طلقت لوجود قبوله، و هو الشرط و يلزمه) اي يلزم الاب (خمسمائة استحساناً) لان المسألة مصورة في غير الموطوءة بدليل ايراد اهل هذه المسالة في الكبيرة التي لم يدخل بها، ثم لما كانت الصغيرة غير موطوءة، و اضيف الخلع الى مهر، و المهر ما يجب بالنكاح، و الواجب بالنكاح في الطلاق قبل الدخول نصف المهر و هو خمسمائة، فكان خالعها على خمسمائة (و في القياس يلزمه الف) بحكم الضمان (و اصله) اي و اصل ما ذكر من هذه المسألة (في الكبيرة) اي في المرأة الكبيرة (اذا اختلعت قبل الدخول على الف و مهرها الف، ففي القياس عليها خمسمائة زائدة) اي على المهر زائدة بالجر(١) لان الصفة تتبع المضاف اليه، كما في قوله تعالى سبع بقرات(٢) سمان لان الصداق اذا لم يكن مقبوضاً استحق الزوج عليها الفا باعتبار القبول في الخلع، و لها على الزوج خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيصير خمسمائة قصاصاً بخمسمائة، فبقي للزوج عليها خمسمائة زائدة (و في الاستحسان لاشيء عليها، لانه يراد به عادة حاصل ما يلزم لها) اي يراد بالخلع عادة حاصل مايلزم المراة على الزوج. و قال تاج الشريعة وجه الاستحسان انهم يريدون بالخلع على المهر مايلزمه لها، و هو خمسمائة بالطلاق قبل الدخول، فيكون الخلع على مهرها في الحقيقة خلعاً على خمسمائة و قد سقط عن الزوج فلايبقى عليها شيء، فافهم. فروع(٣) لو قال خلعتك و لم يذكر عوضا(٤) فقالت قبلت لايسقط شيء من مهرها في ظاهر الرواية. و قال شيخ الاسلام و السغدي يبرا من مهرها و يرد المهر لو قبضت و عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى روايتان لم يذكر العوض في الخلع، و الاصح براءته. و في شرح الشافعي يبرأ عن المهر عنده، و في المحيط و الصحيح ان ما قبضه فهو لها، و ما كان ايضا في ذمته يسقط، و لو شرط البراءة عن نفقة العدة و مؤنة السكنى(٥) سقطا بلا خلاف و لو شرطا البراءة عن السكنى لايصح، لان السكنى في

---

(١) بالجر الخ كذا في العناية. (٢) بقرات سمان - يوسف - ٤٣. (٣) فروع راجع لنحو هذه الفروع فتح القدير ص٨٢ ج٤ و مابعده و الفتاوى الهندية ص٤٨٨ ج١ و مابعده و البحرالرائق ص٩٧ ج٤ و مابعده. (٤) و لم يذكر عوضا الخ راجع فتح القدير ص٨٣ ج٤. (٥) و مؤنة السكنى و في البحر ص٩٧ ج٤ و اما السكنى فلم =>

بيت العدة حق الله تعالى. و في المرغيناني لايصح البراءة عن نفقة العدة اتفاقاً الا بالشرط بالطلاق، و لايقع الابراء عن نفقة الولد، و هو مؤنة الرضاع بالشرط، و لو وقت له وقتا جاز. ولو مات الولد قبل تمام الوقت يرجع الاب الى تمام المدة و الحيلة ان لايرجع اليها ان يقول الزوج خالعتك على اني بريء من نفقة ولدك، فان مات فلارجوع لي عليك، و لا يدخل نفقة العدة في قوله خلعتك بكل حق لك علي، لانه لم يكن حق عليه عند الخلع. و في الينابيع لو ابرأته من نفقة العدة بعد الخلع صح بخلاف الابراء من العدة حال قيام النكاح، قال صاحب الينابيع هكذا ذكره الطحاوي. و في القنية(١) خالعها على نفقة ولده عشر سنين و هي معسرة، و طالبته بنفقتها يجبر عليها. و في الذخيرة خالعها على رضاع ابنه سنتين بعد الفطام يجوز، و كذا لو خالعها على ان تكسوه من مالها في المدة و لايضره الجهالة، ولو لم يشترط ذلك فلها طلب كسوته، و لو كان في بطنها والمسألة بحالها، ثم ولدته ميتاً رجع عليها باجرة الرضاع سنتين و نفقة عشر سنين. اختلعت على ان تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز، و الشرط باطل قالت بعتك مهري و نفقة عدتي، فقال اشتريت في الظاهر انه لاتطلق و لكن الاحوط تجديد نكاح المختلعة يلحقها صريح الطلاق في العدة عندنا، و به قال الظاهرية و هو قول ابن المسيب(٢) و شريح و طاووس و الزهري و الحكم و حماد و مكحول و عطاء و الثوري و هو قول ابن مسعود و ابي الدرداء و عمران بن حصين رضي الله تعالى عنهم، و عند الشافعي و مالك و احمد لايلحقها و لايتناولها الطلاق في قوله نسائي طوالق عندهم.

=> يصح اسقاطها بحال لما ان سكناها في غيربيت الطلاق معصية الا ان أبرأته عن مؤنة السكنى بان كانت ساكنة في بيت نفسها او تعطى الاجرة من مالها فيصح التزامها ذالك كذا في فتح القدير ص٧٧ج٤ و الهندية ص٤٩١ ج١. (١) و في القنية الخ و كذا في البحر ص٩٧ ج٤ و فتح القدير ص٧٨ ج٤. (٢) و هو قول ابن المسيب الخ كذا في فتح القدير ص٨٢ ج٤ و راجع الاوجز ص٣٧٦ ج٤ و المغنى ص١٨٣ ج٨ و اعلاء السنن ص٢٣٤ ج١١.

باب الظهار

(باب الظهار)

اي هذا باب في بيان احكام الظهار، و هو مصدر ظاهر يظاهر ظهاراً، و في الصحاح(١) يقال ظاهر من امرأته و تظهر و ظهر(٢) كل ذلك قول الرجل لامرأته انت علي كظهر امي، و الظهر في قوله عليه الصلوة و السلام لاصدقة الا عن ظهر غني مقحم كما في ظهر القلب و ظهر الغيب، و ظاهره اذا اعانه و ظاهر بين ثوبين اذا لبس احدهما فوق الآخر و عدي بمن، و ان كان ظاهراً متعدياً لانهم اذا ظاهروها تباعدوا منها كما في الايلاء، و في المحيط و الينابيع الظهار لغة مقابلة الظهر بالظهر و الرجل و المرأة اذا كان بينهما شحنا يدير كل واحد منهما ظهره الى الآخر. و في مبسوط الطوسي سمى ظهارا اشتقاقا من الظهر خص به دون البطن و الفرج و الفخذ، لان كل دابة يركب ظهرها فلما كانت الزوجة تركب و تغشى شبهت بذلك، و المعنى ركوبك علي محرم كركوب ظهر امي. و في جامع الاصول(٣) انهم ارادوا انت علي كبطن امي، يعني كجماعها فكنوا عن البطن بالظهر لانه عمود البطن و للمجاورة. و قيل ان اتيان المرأة من ظهرها كان محرما عندهم، فيقصد مطلق التغليظ في تحريم امرأته تشبيها بالظهر، ثم لايقنع بذلك حتى يجعلها كظهر امه. و اما الظهار شرعاً فهو تشبيه المحللة بالمحرمة على وجه التابيد كالام و الاخت و الخالة و العمة سواء كانت من نسب او رضاع او مصاهرة، و به قال الشافعي(٤) في قوله الجديد و مالك و احمد و في قوله القديم يقتصر على التشبيه بالام، و في قول يلحق بها

---

(١) الصحاح للجوهري ص٧٣٢ ج٢ و في فتح القدير ظاهر من امرأته و اظهر (بتشديد الظاء و الهاء) و تظاهر و اظاهر (بتشديد الظاء) و ظهر (بتشديد الهاء) و تظهر اذا قال لامراته انت علي كظهر امي انتهى. (٢) ظهر من باب التفعيل و اضاف في لسان العرب تظاهر. (٣) جامع الاصول الخ و في اللسان قال ابن الاثير (في النهاية ص١٦٥ ج٣) قيل ارادوا انت علي كبطن امي اي كجماعها فكنوا بالظهر عن البطن للمجاورة قال و قيل ان اتيان المراة و ظهرها الى السماء كان حراما عندهم و كان اهل المدينة يقولون اذا اتيت المرأة و وجهها الى الارض جاء الولد احول فلقصد الرجل المطلق (اسم الفاعل من التطليق) منهم الى التغليظ في تحريم امرأته عليه شبهها بالظهر ثم لم يقنع بذلك حتى جعلها كظهر امه قال و انما عدى الظهار بمن لانهم كانوا اذا ظاهروا المرأة تجنبوها كما يتجنبون المطلقة و يحترزون منها فكان قوله ظاهر من امراته اي بعد و احترز منها كما قيل آلى من امراته لما ضمن معنى التباعد عدي بمن انتهى. (٤) و به قال الشافعي الخ راجع المغنى كتاب الظهار ص٥٥٦ ج٨ و تكملة شرح المهذب ص٣٤٣ ج١٧ و عمدة القاري باب الظهار ص٢٨١ ج٢٠ و فتح الباري باب الظهار ص٥٤٠ ج٩ و الاوجز ظهار الحر ص٣٥٢ ج٤.

و اذا قال الرجل لامراته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه لايحل له وطأها و لا مسها و لاتقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى و الذين يظاهرون من نسائهم الى ان قال فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا (١)

الجدة ثم الظهار له ركن، و هو انت علي كظهر امي فيقع الظهار به، سواء وجدت النية او لم توجد، لانه صريح في الظهار، و كذا اذا شبهه بعضو شائع او معبر عن جميع البدن كما في الطلاق و شرط و هو ان يكون المظاهر مسلماً، فلايصح ظهار الذمي عندنا خلافا للشافعي و احمد رحمهما الله تعالى و بقولنا قال مالك رحمه الله تعالى و من شرطه(٢) ان تكون منكوحة، و في المرأة كونها زوجته حتى لايصح الظهار من امته او مدبرته او ام ولده، و به قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى و قال مالك و الثوري رحمهما الله تعالى يصح الظهار من كل امة، و من شرطه ان يكون اهلاً لسائر التصرفات و هو العاقل البالغ، فلايصح ظهار الصبي بالاجماع و حكم و هو حرمة الوطء و دواعيه مؤقتا الى وجود الكفارة مع بقاء اصل النكاح، كما في حالة الحيض و سبب و هو النشوز، فان آية الظهار نزلت في خولة رضي الله تعالى عنها و كانت ناشزة (و اذا قال الرجل لامرأته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه لايحل له وطاها و لامسها و لاتقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى و الذين يظاهرون من نسائهم الى ان قال فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا) و تمام الآيات ذالكم توعظون به والله بما تعملون خبير فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا، فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا و سبب نزول الآية ما روى الواحدي في كتاب اسباب نزول القرآن باسناده الى عروة، قال قالت عائشة رضي الله تعالى عنها تبارك الذي وسع سمعه كل شيء اني لاسمع كلام خولة بنت ثعلبة و يخفي علي بعضه و هي تشتكي زوجها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم و هي تقول يارسول الله صلى الله عليه وسلم ابلى شبابي، و نثرت له بطني حتى اذا كبر سني، و انقطع ولدي، ظاهر مني، اللهم اني اشكو اليك، قالت فما برحت حتى نزل جبريل عليه الصلوة و السلام بهذه الآية قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها و تشتكي الى الله الآية. قال الزمخشري رحمه الله تعالى هي خولة بنت ثعلبة امرأة اوس بن الصامت اخي عبادة بن الصامت رضي الله تعالى عنهم انتهى. قلت الذي قاله

---

(١) يتماسا - المجادلة - ٣. (٢) و من شرطه ان تكون منكوحة و في المرأة كونها زوجته فكون المرأة منكوحة و زوجة شرط واحد ظاهرا كما في البدائع ص٢٣٢ ج٣ فمنها (اي من شرائط الظهار) ان تكون زوجته و هي ان تكون مملوكة له بملك النكاح و في الكفاية ص٨٥ ج٤ و شرطه ان يكون المشبه منكوحة حتي لايصح الظهار من امته و في فتح القدير ص٨٥ ج٤ و شرطه في المرأة كونها زوجة.

و الظهار كان طلاقاً في الجاهلية فقرر الشرع اصله و نقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح، و هذا لانه جناية لكونه منكرا من القول و زورا، فيناسب المجازاة عليها بالحرمة و ارتفاعها بالكفارة

مروي عن عكرمة و عروة و محمد بن كعب، و قال ابوعمر خولة(١) بنت ثعلبة بن اصرم بن فهر بن ثعلبة بن غنم بن سالم بن عوف. و قيل ان التي نزلت فيها هذه الآية جميلة امراة اوس بن الصامت. و قيل بل هي خولة بنت دليم، و لايثبت شيء من ذلك (و الظهار كان طلاقا في الجاهلية، فقرر الشرع اصله) اي اصل الظهار (و نقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح) و لا خلاف فيه لاحد من العلماء (و هذا) اشارة(٢) الى نقل حكم الظهار من الطلاق الى التحريم الموقت بالكفارة (لانه) اي لان الظهار (جناية لكونه منكرا من القول وزورا) كما في قوله تعالي و انهم ليقولون منكراً من القول وزورا(٣) و اراد بالمنكر ما تنكره الحقيقة و الشرع، و بالزور الكذب الباطل حيث شبه من هي في اقصى غايات الحل بمن هي في اقصى غاية الحرمة، فناسب المجازات عليها بالحرمة جزاء على جنايته (و ارتفاعها) اي ارتفاع الجناية (بالكفارة) قال الله تعالى ان الحسنات يذهبن السيئات(٤) و قال عليه الصلوة و السلام اتبع(٥) السيئة الحسنة تمحها. و في المنافع الكفارة تجب بالظهار و العود، لان الظهار منكر من القول وزور فهو كبيرة محضة، فلايصلح سببا لكفارة، لانها عبادة، اذ الغالب فيها معنى العبادة، فلايكون سبباً محظوراً محضاً، فتعلق وجوبها بهما ليخف معنى الحرمة باعتبار العود الذي هو امساك بالمعروف بعد الظهار و هكذا في الينابيع، و في الحواشي و في المحيط سنبب وجوبها العزم على الوطء، و الظهار شرط قبل الحكم يتقرر بتقرر سببه لاشرطه، و الامر على العكس، فان الكفارة تتكرر

---

(١) خولة الخ و في عمدة القاري ص٢٨٠ ج٢٠ و اختلفوا في اسمها و نسبها فعن ابن عباس هي خولة بنت خويلد و عن ابي العالية خولة بنت دليم و عن قتادة خويلة بنت ثعلبة و عن مقاتل بن حيان خولة بنت ثعلبة بن مالك بن حرام الخزرجية من بني عمرو بن عوف و عن عطية عن ابن عباس خولة بنت الصامت و عن عائشة ان اسمها جميلة و قيل كانت امة لعبد الله بن ابي و قال ابوعمر هي خولة بنت ثعلبة بن اصرم بن فهر بن ثعلبة بن غنم بن سالم بن عوف و هو الاصح و لايثبت شيء غير ذالك و زوجها اوس بن الصامت بن قيس بن اصرم بن فهر الانصاري شهد بدرا واحدا و المشاهد كلها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الخ. (٢) و هذا اشارة الخ و في الفتح ص٨٦ ج٤ و هذا اي ثبوت التحريم بالظهار ثم ارتفاعه بالكفارة. (٣) وزورا المجادلة - ٢. (٤) السيئات هود- ١١٤.. (٥) اتبع الحديث اخرجه الترمذي في ابواب البر باب ما جاء في معاشرة الناس عن ابي ذر رضي الله عنه مرفوعا ص٢٠ ج٢ و الامام احمد في مسنده طبع قديم ص١٥٣ و ١٥٨ و ٢٢٨ و ٢٣٦ ج٥ و الدارمي.

ثم الوطء اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في الاحرام، بخلاف الحائض و الصائم لانه يكثر وجودهما، فلو حرم الدواعي يفضي الى الحرج، و لا كذلك الظهار و الاحرام،

بتكرر الظهار دون تكرر العزم على الوطء و في المبسوط(١) بمجرد العزم على الوطء لاتقرر الكفارة عندنا، حتى لو ابانها بعد هذا او مات لاتجب الكفارة، و هذا دليل على ان الكفارة غير واجبة لا بالظهار، و لا بالعود اذ لو وجب لما سقطت، بل موجب الظهار ثبوت التحريم، فاذا اراد رفعه لابد من الكفارة حتى لو لم يرد ذلك و لم تطلب المرأة لاتجب عليه الكفارة اصلا. و في الينابيع رضي ان تكون محرمة و لايعزم على وطئها لاتجب الكفارة. و لو عزم ثم ترك لاتجب ايضا فعلم ان الكفارة لاتجب بمجرد الظهار، و هو قول احمد و مالك في الصحيح، و عنده في قول تجب بنفس الظهار و اختلف(٢) اهل العلم في العود المذكور في قوله تعالي ثم يعودون فعندنا هو العزم على اباحة الوطء. و القول الثاني ما قال مالك ارادة الوطء في رواية اشهب، و الثالث ارادة الوطء مع استدامة العصمة، و ان لم يجمع على الوطء لم تجب الكفارة. و لو كف لايجزئه، و هو قول مالك و عندنا يجزئه، و في شرح مختصر الكرخي لو بانت منه بالطلاق او تزوجت بغيره و كفر صح التكفير. و الرابع العود الى الوطء نفسه رواه عبدالوهاب عن مالك، فعلى هذا لايجزيه التكفير قبل الوطء. و الخامس سكت عن طلاقها عقيب الظهار في زمان يمكنه طلاقها، و به قال الشافعي و اصحابه و بعض الظاهرية. و السادس العود ان يعود فيتكلم بالظهار مرة ثانية، و لايجب عليه بالاول شيء، و هو قول داود الظاهري. السابع هو العود في الاسلام لانفس القول بالظهار الذين كانوا يظاهرون به في الجاهلية في تعاطي الظهار، و هو قول الثوري. (ثم الوطء اذا حرم حرم بدواعيه) و هي اللمس و القبلة لانهما داعيان الى الوطء، و به(٣) قال الزهري و الاوزاعي و النخعي و مالك و الشافعي في احد قوليه، و احمد في رواية. و قال الشافعي في قول لاتحرم الدواعي و به قال احمد في رواية (كيلا يقع فيه) اي في الوطء (كما في الاحرام) اي في حالة الاحرام بالحج يحرم الوطء و دواعيه ايضاً، و كذا في الاعتاق و الاستبراء لان من حام حول الحمى يوشك ان يقع فيه (بخلاف الحائض و الصائم لانه يكثر وجودهما، فلو حرم الدواعي يفضي الى الحرج) و هو منتف بالنص (و لا كذلك الظهار و الاحرام)

---

(١) المبسوط للسرخسي ص٢٢٥ ج٦. (٢) و اختلف اهل العلم في العود الخ راجع تكملة شرح المهذب ص٣٥٩ ج١٧ و عمدة القاري ص٢١٣ ج٢٠ و الاوجز ص٣٥٩ ج٤ و المغنى ص٥٧٤ ج٨. (٣) و به قال الزهري الخ راجع عمدة القاري ص٢٨٢ و فتح القدير ص٨٧ ج٤ و الاوجز ص٣٥٥ ج٤ و المغني ص٥٦٦ ج٨ و تكملة شرح المهذب ص٣٦٦ ج١٧.

فان وطئها قبل ان يكفر استغفر الله تعالى و لاشيء عليه غير الكفارة الاولى، و لا يعاود حتى يكفر لقوله عليه الصلوة و السلام للذي واقع في ظهاره قبل الكفارة استغفر الله و لاتعد حتى تكفر،

فانما يقعان قليلاً و لايفضي حرمة الدواعي فيهما الى الحرج (فان وطئها قبل ان يكفر) عن يمينه (استغفر الله تعالى و لا شيء عليه غير الكفارة الاولى) اي الواجبة بالظهار على الترتيب المنصوص، و هو قول الجمهور(١) و مالك و الشافعي و احمد رحمهم الله تعالى و قال عمرو بن العاص رضي االله تعالى عنه و قبيصة بن ذؤيب و سعيد بن جبير و الزهري و قتادة و عبد الرحمن بن مهدي رحمهم الله تعالى يجب كفارتان. و قال الحسن البصري و النخعي رحمهما الله تعالى يجب ثلاث كفارات و لنا حديث ابن عباس(٢) رضي الله عنهما أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم رجل و تظاهر عن امراته فقال قد وقعت عليها قبل ان اكفر قال ما حملك على هذا، قال رأيت خلخالها في ضوء القمر قال لاتقربها حتى تفعل ما انزل الله، رواه ابوداود(٣) و النسائي و الترمذي و ابن ماجة. و في الكشاف هو سلمة بن صخر البياضي. قلت هو في رواية الترمذي عن سلمة بن صخر رضي الله تعالى عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم في المظاهر يواقع قبل ان يكفر، قال كفارة واحدة. ثم قال هذا حديث حسن غريب، و سلمة بن صخر هذا معروف بالبياضي و ليس منهم، و انما كانت دعوته فيهم فنسب اليهم. و هو من الخزرج و هو سلمة بن صخر بن سلمان بن الصمت بن حارثة بن الحارث بن زيد مناة بن حبيب بن عبد حارثة بن مالك بن عصيب بن جسم بن الخزرج الاكبر. و ذكر الترمذي الخلاف في اسمه سلمة او سلمان (و لايعاود) اي و لايعاود الوطء (حتى يكفر لقوله عليه الصلوة و السلام) اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم (للذي واقع في ظهاره قبل الكفارة استغفر الله(٤) و لاتعد حتي تكفر) و قد ذكرنا

---

(١) الجمهور الخ راجع الاوجز ص٣٥٨ ج٤ و فتح القدير ص٨٨ ج٤. (٢) حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنه الخ راجع له نصب الراية ص٢٤٦ ج٣ باب الظهار و فتح القدير ص٨٨ ج٤. (٣) ابوداود باب في الظهار ص٣٠٩ ج١ و الترمذي باب ما جاء في المظاهر يواقع قبل أن يكفر ص١٤٣ ج١ و النسائي باب الظهار ص١٠٧ ج٢ و ابن ماجة باب المظاهر يجامع قبل ان يكفر ص١٥٠ و في نصب الراية ص٢٤٦ ج٣ و قال الترمذي حديث حسن صحيح غريب و قال المنذري في مختصره قال ابوبكر المعافري ليس هذا الحديث صحيحا يعول عليه قال و في ماقاله نظر فقد صححه الترمذي و رجاله ثقات مشهور سماع بعضهم عن بعض انتهى. (٤) استغفر الله و في فتح القدير ص٨٨ ج٤ و اما ذكر الاستغفار في الحديث فالله اعلم به و هو في المؤطا من قول مالك و لفظه قال مالك فيمن يظاهر ثم يمسها قبل ان يكفر يكف عنها حتى يستغفر الله و يكفر ثم قال و ذالك احسن ما =>

و لو كان شيء آخر واجباً لبينه(١) عليه الصلوة و السلام. قال و هذا اللفظ لايكون الا ظهارا لانه صريح فيه، و لو نوى به الطلاق لايصح، لانه منسوخ فلايتمكن من الاتيان به، و اذا قال انت علي كبطن امي او كفخذها او كفرجها فهو مظاهر، لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالحرمة، و هذا المعنى يتحقق في عضو لايجوز النظر اليه. و كذا ان(٢) شبهها بمن لايحل له النظر اليها على التابيد من محارمه

هذا الحديث آنفاً عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما عن سلمة بن صخر رضي الله تعالى عنه (و لو كان شيء آخر واجباً) عليه هذا وجه الاستدلال بالحديث المذكور، اي و لو كان يجب على المظاهر المذكور شيء آخر واجباً عليه غير الكفارة الاولى (لبينه عليه الصلوة و السلام) اي لبينه النبي صلى الله عليه وسلم (قال) اي قال المصنف رحمه الله تعالى (و هذا اللفظ) يعني قوله انت علي كظهر امي (لايكون الا ظهارا لانه صريح فيه) حتى لو نوى الطلاق او الايلاء او لم ينو شيئا يكون ظهاراً (و لو نوى به الطلاق لايصح لانه(٣) منسوخ، فلايتمكن من الاتيان به) لانه تغيير موضوع الشرع و ليس في العبد ذلك، و لان التعيين بعض محتملات اللفظ، و اللفظ صريح فلايحتمل غيره، فلايصح نية الطلاق، و كذا اذا نوى تحريم اليمين، لانه صريح في الظهار. و كذا اذا قال اردت به الخبر عن الماضي كاذبا لايصدق قضاء(٤) (و لو قال انت علي كبطن امي او كفخذها او كفرجها، فهو مظاهر، لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة، و هذا المعنى يتحقق في عضو لايجوز النظر أليه) احترز به عن التشبيه باليد و الرجل و الشعر و الظفر، لانه يحل النظر اليه. و قالت الظاهرية يختص الظهار بظهر الام. و قال الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى لو قال انت علي كيد أمي او كرجلها او كراسها او كعنقها او كعضدها يكون مظاهرا ايضا كما في الظهر للتلذذ بها، و لو قال كشعرها او سنها او ظفرها لايكون مظاهرا لعدم التلذذ بها. و قال الماوردي قال ابوحنيفة رحمه الله تعالى ما يحيى بعد فقده لايصير مظاهراً به، و ما لايحيى بفقده يكون مظاهراً بالتشبيه به. و قال الكاكي و في نقله ذلك الضابط عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى غلط، فان بعد زوال الراس لايحيى قطعاً، و قد ذكرنا انه لايصير مظاهرا و بقطع فخذه يجوز ان يحيى و يصير به مظاهراً، بل الاصل ما ذكره في المتن (و كذا) اي و كذا يكون ظهارا (اذا شبهها بمن لايحل له النظر اليها على التابيد من محارمه

=> سمعت انتهى و نحوه في نصب الراية ص٢٤٧ ج٣. (١) لبينه – ن – لنبه عليه. (٢) ان – ن – اذا. (٣) لانه اي كونه طلاقا – العناية. (٤) قضاء و يصدق فيما بينه و بين الله تعالى فتح القدير.

مثل اخته او عمته او امه من الرضاعة لانهن في التحريم المؤبد كالام، و كذلك اذا قال رأسك علي كظهر امي، او فرجك او وجهك او رقبتك او نصفك او ثلثك، لانه يعبر بها عن جميع البدن، و يثبت الحكم في الشائع، ثم يتعدى كما بيناه في الطلاق. و لو قال انت علي مثل امي او كامي يرجع الى نيته لينكشف حكمه، فان قال اردت الكرامة فهو كما قال لان التكريم بالتشبيه فاش في الكلام.

مثل اخته او عمته او امه من الرضاعة لانهن في التحريم المؤبد كالام) و ام المراة و امراة الاب قال ابونصر قال الشافعي اذا شبهها بالام و الخالة فهو ظهار، و ان شبهها بالبنت و الاخت ففيه قولان. و ان شبهها بمن كان حلالاً ثم حرمت كام امراة لم يكن مظاهرا قولا واحداً. و في فتاوي الولوالجي لو شبهها بامراة زنى بها ابوه او ابنه فهو مظاهر عند ابي يوسف رحمه الله تعالى لانها محرمة على التابيد. و قال محمد رحمه الله تعالى لايكون مظاهرا للاختلاف فيه، و ان شبهها بامراة قد فرق الحاكم بينهما باللعان. قال ابويوسف رحمه الله تعالى لايكون مظاهرا، لان موجب اللعان، و ان كانت الحرمة المؤبدة عنده يسع فيه الاجتهاد، و لهذا لو حكم الحاكم بجواز نكاحها جاز، فلم تكن في معنى الام، كذا ذكر شمس الائمة السرخسي وغيره، و قال فيها ايضا و لو شبهها بما يحل في حال نحو اخت المرأة، و امرأة لها زوج، او مجوسية او مرتدة لم يكن مظاهراً، لان الحرمة هنا تقبل الزوال. و قال الحاكم الشهيد في الكافي و ان قال لامراته انا منك مظاهر او قد ظاهرت منك او انت مني كظهر امي او انت عندي كظهر امي او انت معي كظهر امي، فهذا كله ظهار. (و كذلك) اي يكون ظهاراً (اذا قال راسك علي كظهر امي او فرجك او وجهك او رقبتك او نصفك او ثلثك لانه يعبر بها عن جميع البدن) فيكون تشبيه هذه الاعضاء من المراة كتشبيه ذات المراة، فيكون مظاهرا و كذا اذا قال جسدك. و قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي، و لو قال جنبك او ظهرك علي كظهر امي لم يكن مظاهرا بمنزلة قوله يدك او رجلك (و يثبت الحكم في الشائع) اي يثبت حكم الظهار في الجزء الشائع اولا (ثم يتعدى) اي ثم يسري الى سائر البدن (كما بيناه في الطلاق) فليعاود اليه هناك (و لو قال انت علي مثل امي او كامي يرجع الى نيته لينكشف حكمه) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى و ذلك لانه يحتمل وجوها من التشبيه (فان قال اردت الكرامة) يعني انت عندي في استحقاق الكرامة و المنزلة مثل امي (فهو كما قال) يعني يحمل على ما قال فلايلزمه شيء (لان التكريم بالتشبيه فاش في الكلام) فاش من الفشو، و هو الانتشار. قال الجوهري الخبر يفشو فشواً، اي ذاع و افشاه غيره فاش اصله

و ان قال اردت الظهار فهو ظهار، لانه تشبيه بجميعها و فيه تشبيه بالعضو، لكنه ليس بصريح، فيفتقر الى النية، و ان قال اردت الطلاق فهو طلاق بائن لانه تشبيه بالام في الحرمة فكانه قال انت علي حرام، و نوى الطلاق و ان لم يكن له نية فليس بشيء عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى لاحتمال الحمل على الكرامة. و قال محمد رحمه الله تعالى يكون ظهاراً، لان التشبيه بعضو منها لما كان ظهاراً فالتشبيه بجميعها اولى، و ان عني به التحريم لاغير فعند ابي يوسف رحمه الله تعالى هو ايلاء ليكون الثابت به ادنى الحرمتين،

فاشي فاعل اعلال القاضي. (و ان قال اردت الظهار فهو ظهار، لانه تشبيه بجميعها) اي بجميع امه، فاذا شبهها بظهرها و هو عضو منها كان ظهارا فلان يكون ظهارا و قد شبهها بجميعها و جميعها مشتمل على الظهر اولى و احرى (و فيه) اي و في قوله انت علي مثل امي (تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح، فيفتقر الى النية) لانه لما كان كالصريح صار كالكناية، فلايزول الابهام منه الا بالنية (و ان قال اردت الطلاق فهو طلاق بائن. لانه تشبيه بالام في الحرمة فكانه قال انت علي حرام و نوى به الطلاق و ان لم يكن له نية فليس بشيء عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى لاحتمال الحمل على الكرامة) و به قال اصحاب الشافعي رحمه الله تعالى في وجهه، لانه مجمل و لم يبين (و قال محمد رحمه الله تعالى يكون ظهاراً، لان التشبيه بعضو منها لما كان ظهاراً فالتشبيه بجميعها اولى) و به قال مالك و الشافعي و احمد رحمهم الله تعالى و الشافعية في وجهه. و في المبسوط(١) لم يذكر قوله ابي يوسف و عنه رايتان احداهما كقول محمد، لانه قال في الامالي اذا كان هذا في حالة الغضب و قال نويت به البر لايصدق في القضاء و هو ظهار (و ان نوى به التحريم لا غير فعند ابي يوسف رحمه الله تعالى هو ايلاء ليكون الثابت به ادنى الحرمتين) و هما حرمة الايلاء ، و حرمة الظهار و ادناهما حرمة الايلاء من وجوه، احدها ان الحرمة في الايلاء لاتثبت في الحال ما لم يمض اربعة اشهر. و في الظهار يثبت في الحال. و الثاني حرمة الايلاء يمكن دفعها في المدة بالوطء، بخلاف الظهار، فانه لايجوز الوطء فيه ما لم يكفر. و الثالث ان الظهار منكر من القول وزور و الايلاء يمين مباح. الرابع ان كفارة الايلاء اطعام عشرة مساكين و في الظهار اطعام ستين مسكيناً و الصوم فيه

---

(١) المبسوط للسرخسي ص٢٢٨ ج٦ و راجعه فانه ذكر تفصيل هذه المسئلة مرتبا بالعبارة الواضحة السهلة حسب دابه.

و عند محمد رحمه الله تعالى ظهار، لان كاف التشبيه تختص به. و لو قال انت علي حرام كامي و نوى ظهارا او طلاقاً فهو على ما نوى لانه يحتمل الوجهين الظهار لمكان التشبيه و الطلاق لمكان التحريم و التشبيه تاكيد له و ان لم تكن له نية فعلى قول ابي يوسف رحمه الله تعالى ايلاء، و على قول محمد رحمه الله تعالى ظهار، و الوجهان بيناهما. و ان قال انت علي حرام كظهر امي و نوى به طلاقا او ايلاء لم يكن الا ظهارا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا هو على ما نوى، لان التحريم يحتمل كل ذلك على ما بينا، غير ان عند محمد رحمه الله تعالى اذا نوى الطلاق لايكون ظهاراً

شهران متتابعان و في الايلاء ثلاثة ايام متتابعة (و عند محمد رحمه الله تعالى ظهار، لان كان التشبيه تختص به) اي بالظهار و هذا الخلاف المذكور بين ابي يوسف و محمد على قول بعض المشايخ، و قرره الصدر الشهيد و قال بل هو ظهار بالاجماع. (و لو قال انت علي حرام كامي و نوى ظهارا او طلاقا فهو على ما نوى، لانه يحتمل الوجهين الظهار لمكان التشبيه و الطلاق لمكان التحريم و التشبيه تاكيد له) اي التحريم و انما قال يحتمل الوجهين(١) دل على انه لما صرح بالحرمة لم يبق كلامه للكرامة (و ان لم تكن له نية فعلى قول ابي يوسف رحمه الله تعالى ايلاء، و على قول محمد رحمه الله تعالى ظهار، و الوجهان ما بيناهما) اي وجها قول ابي يوسف و محمد و اشار بهما الى قوله ليكون الثابت به ادنى الحرمتين، و الى قوله . لان كاف التشبيه تختص به - اي بالظهار (و ان قال انت علي حرام كظهر امي و نوى به طلاقا او ايلاء لم يكن الا ظهاراً عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى) و به قال احمد و الشافعي رحمهما الله تعالى في قول و في قول ان نوى طلاقا كان طلاقاً و هو قول ابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى غير ان عند ابي يوسف يكون طلاقاً و ظهاراً ان نوى الطلاق، و عند محمد لايكون ظهاراً و يكون طلاقا فقط (و قالا هو على ما نوى) ان نوي(٢) ظهاراً فظهار، و ان نوى طلاقاً فطلاق، و ان نوى ايلاء فايلاء، كذا ذكره الصدر الشهيد و الامام العتابي في شرحيهما للجامع الصغير (لان التحريم يحتمل كل ذلك) و نية المحتمل صحيحة (على ما بينا) اشار به اى قوله لانه يحتمل الوجهين الى قوله - تاكيد له - (غير ان عند محمد رحمه الله تعالى اذا نوى الطلاق لايكون ظهارا) لان

---

(١) يحتمل الوجهين الخ و في العناية ص.٩ ج٤ يحتمل الوجهين فحسب لانه لما صرح بالحرمة لم يبق كلامه محتملا للكرامة كما في المسئلة الاولى. (٢) ان نوى الخ كذا في العناية و في الفتح ما نوى ظهارا او طلاقا او ايلاء و ان لم تكن له نية فظهار انتهى.

و عند ابي يوسف رحمه الله تعالى يكونان جميعاً و قد عرف في موضعه. و لابي حنيفة رحمه الله تعالى انه صريح في الظهار فلايحتمل غيره، ثم هو محكم فيرد التحريم اليه، قال و لايكون الظهار الا من الزوجة، حتى لو ظاهر من امته لم يكن مظاهراً لقوله تعالى من نسائهم و لان الحل في الامة تابع

ظهار المبانة لايصح (و عند ابي يوسف يكونان جميعاً) اي يكون الظهار و الطلاق جمعاً لكن هذا ليس بظاهر الرواية عن ابي يوسف، و روى اصحاب الاملاء عن ابي يوسف انه يكون ظهارا و طلاقاً. لانه باعتبار التلفظ بلفظ التحريم يكون طلاقا عند النية، و باعتبار التصريح بالظهار يكون ظهاراً، و لامنافاة لانه اذا طلق ثم ظاهر او ظاهر ثم طلق صح، و لكن هذا ضعيف(١) لان الطلاق لما وقع بقوله انت علي حرام بنيته كان متكلما بلفظ الظهار بعد ما بانت و الظهار بعد البينونة لايصح و ان قال الظهار مع الطلاق يثبت بقوله انت علي حرام. قلنا اللفظ الواحد لايحتمل معنيين مختلفين كذا في المبسوط(٢) و ذكر في الفوائد الظهيرية جواب ابي يوسف في هذا، فقال جاز ان يكون ظهار المبانة على قوله، و كان هذا رواية منه (و قد عرف في موضعه) اي في شرح الكافي، قاله الاترازي و قال الكاكي اي في مبسوطه(٣) (و لابي حنيفة رحمه الله تعالى انه) اي ان قوله انت علي حرام كظهر امي (صريح في الظهار، فلايحتمل غيره) و لهذا لايحتاج في الدلالة عليه الى النية، فلايحتمل غيره من الطلاق و الايلاء (ثم هو محكم) لعدم احتمال الغير، و قوله انت علي حرام يحتمل تحريم الطلاق وغيره (فيرد التحريم اليه) اي الى الظهار كما هو الاصل في رد المحتمل الى المحكم (قال) اي محمد في الجامع الصغير (و لايكون الظهار الا من الزوجة، حتى لو ظاهر من امته لم يكن مظاهراً) و كذا لايكون من ام ولده و مدبرته. و قال مالك يصح منهن، و قد ذكرنا الخلاف فيه عن قريب(٤) (لقوله تعالى من نسائهم) و النساء اسم للزوجات و المملوكة لاتسمى زوجة فلايصح الظهار منها، كذا قاله الاترازي. قلت النساء جمع امراة من غير لفظها، فيتناول الزوجات وغيرها، و لكن تفسير النساء من الزوجات ممكن من حيث قصد الآية يدل على ان المراد الزوجات، و الا فلفظ النساء من حيث اللغة اعم من الزوجات وغيرها (و لان الحل في الامة تابع) ليس بمقصود، لان المقصود ملك

---

(١) ضعيف الخ كذا في العناية و الكفاية ص٩٢ ج٤. (٢) المبسوط للسرخسي ص٢٢٩ ج٦. (٣) في مبسوطه يعني مبسوط شمس الائمة ع. (٤) عن قريب اي في اوائل باب الظهار و راجع لهذا المبحث فتح القدير ص٩٢ ج٤ و الاوجز ص٣٦٠ ج٤ و المغنى ص٥٦٨ ج٨ و تكملة شرح المهذب ص٣٤٣ ج١٧ و فتح الباري ص٥٤٢ ج٩ و عمدة القاري ص٢٨٢ ج٢٠.

فلاتلحق بالمنكوحقو لان الظهار منقول عن الطلاق، و لا طلاق في المملوكة، فان تزوج امرأة بغير امرها، ثم ظاهر منها ثم اجازت النكاح فالظهار باطل، لانه صادق في التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا من القول، و الظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف

اليمين (فلاتلحق بالمنكوحة) بدليل انه لو اشترى امته فوجدها محرمة عليه برضاع او مصاهرة لم يثبت للمشتري ولاية الرد بسبب الحرمة، فلاتكون الامة في معنى المنكوحة حتى تلحق بها. فان قلت قوله تعالي و امهات نسائكم(١) دخل فيه الاماء و الحرائر بالاجماع. قلت الاجماع ممنوع و ام(٢) الامة الموطوءة حرام ليس باعتبار انها من امهات نسائنا، بل باعتبار وطء البنت، و لايمكن الحاق الامة بالنساء بدلالة النص، لانه ليس في معنى ما ورد به النص (و لان الظهار منقول عن الطلاق) هذا دليل آخر، اي كان الظهار طلاقا في الجاهلية، فنقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة (و لا طلاق في المملوكة) حتى يكون منها الظهار فان قلت الامة محل الظهار بقاء، فيجب ان يكون ابتداء كما ظاهر من امراته و هي امة، ثم اشتراها يبقى حكم الظهار، و هي امة، اجيب بانه كم من شيء يثبت بقاء، و لايثبت ابتداء كابقاء النكاح في المعتدة، و ان لم يثبت ابتداء (و ان تزوج امراة بغير امرها ثم ظاهر منها ثم اجازت النكاح فالظهار باطل) اورد هذه المسألة بسبيل التفريع لماقبله، لانه لما قال و لايكون الظهار الا من الزوجة فرع هذه المسألة عليه، يعني لو ظاهر من امراة نكاحها موقوف لايصح ظهاره، لانها حين ظاهر منها الرجل لم تكن زوجته فلم يصح ظهارها (لانه) اي لان الرجل الذي ظاهر (صادق في التشبيه وقت التصرف) اي وقت تشبيه الحرمة بالحرمة لانه صادق فيه غير كاذب (فلم يكن) كلامه (منكراً) و الظهار منكر من القول وزور (و الظهار ليس بحق من حقوقه) هذا جواب سؤال مقدر و هو ان يقال الظهار مبني على الملك، و الملك موقوف هاهنا، فينبغي ان يكون الظهار موقوفاً فاجاب بقوله و الظهار ليس بحق من حقوقه، اي من حقوق النكاح (حتى يتوقف عليه) اي على النكاح،

---

(١) نسائكم الآية النساء ٢٣. (٢) و ام الامة الخ لعل ههنا سقطة او تصحيف و في فتح القدير ص٩٢ ج٤ و لنا ان النص يتناول نسائنا بقوله تعالى من نسائهم و الامة و ان صح اطلاق لفظ نسائنا عليها لغة لكن صحة الاطلاق لاتستلزم الحقيقة لان حقيقة اضافة النساء الى رجل او رجال انما تتحقق مع الزوجات لانه المتبادر حتى يصح ان يقال هؤلاء جواريه لا نسائه و حرمة بنت الامة الموطوئة ليس لان امها من نسائنا مرادة بالنص بل لانها بنت موطوئة حلالا عند الجمهور و بلا هذا القيد عندنا الخ و في البدائع للكاساني ص٢٣٢ ج٣ قال الله تعالى و الذين يظاهرون من نسائهم و المراد منه الزوجات كما في قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم و قوله تعالي و امهات نسائكم و قوله عزوجل نسائكم حرث لكم و نحو ذالك.

بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب لانه من حقوق الملك، و من قال لنسائه انتن علي كظهر امي كان مظاهرا منهن جميعاً، لانه اضاف الظهار اليهن، فصار كما اذا اضاف الطلاق و عليه لكل واحدة كفارة، لان الحرمة تثبت في حق كل واحدة، و الكفارة لانهاء الحرمة، فيتعدد(١) بتعددها، بخلاف الايلاء منهن لان الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم و لم يتعدد ذكر الاسم.

لان النكاح امر مشروع، و الظهار منكر من القول، و بينهما تناف(٢) فلايتوقف المحظور بتوقف المشروع (بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب) هذا كانه(٣) جواب عن قياس هذا السائل ما سأله على توقف اعتاق المشتري من الغاصب على اجازة المالك، لانه اذا اجازه ينفذ، و تقرير الجواب ان اعتاق المشتري من الغاصب، انما يتوقف على اجازة المالك (لانه) اي لان الاعتاق (من حقوق الملك) فيلزم من توقف الكل توقف الاعتاق (و من قال لنسائه أنتن علي كظهر امي كان مظاهراً منهن جميعاً) هذا لا خلاف فيه، كما لو قال انتن طوالق و عليه لكل واحدة كفارة، يعني عليه اربع كفارات اذا قصد وطؤهن، و به قال الشافعي(٤) في الجديد، و هو قول الحسن و النخعي و الزهري و يحيى بن سعيد الانصاري و الحكم و الثوري، و قال مالك و احمد و ابوثور و اسحاق عليه كفارة واحدة، روي ذلك عن عمر(٥) و علي رضي الله تعالى عنهما و عروة و طاووس و عطاء و ربيعة (لانه اضاف الظهار اليهن، فصار كما اذا اضاف الطلاق) اليهن و قال انت طوالق (و عليه لكل واحدة كفارة، لان الحرمة تثبت في حق كل واحدة) منهن كما اذا ظاهر من كل واحدة منهن عليحدة (و الكفارة لانهاء الحرمة) اي وجوب الكفارة لاجل ان تنتهي الحرمة الموقتة (فتتعدد بتعددها) اي تتعدد الكفارة بتعدد الحرمة (بخلاف الايلاء منهن) حيث لايتعدد الكفارة (لان الكفارة فيه) اي في الايلاء (لصيانة حرمة الاسم) اي اسم الله عزوجل (و لم يتعدد ذكر الاسم) اراد به قوله و الله، و انما لم يتعدد لانه قاله مرة واحدة فروع: لو قالت هي انت علي كظهر امي، او قالت انا عليك كظهر امك لايصح الظهار عندنا(٦) و في المبسوط عن ابي يوسف

---

(١) فيتعدد - ن - فتتعدد. (٢) و بينهما تناف فلايصلح ان يكون غير المشروع من حقوق المشروع و توابعه الكفاية. (٣) كانه الخ راجع الشروح الثلاثة. (٤) و به قال الشافعي الخ راجع المغنى ص٥٨١ ج٨ و الاوجز ص٣٥٥ ج٤ و فتح القدير ٩٣ ج٤. (٥) روى ذالك عن عمر الخ راجع لبعض الآثار سنن البيهقي ص٣٨٣ ج٧ و مصنف عبد الرزاق ص٤٣٨ ج٦. (٦) عندنا راجع تكملة شرح المهذب ص٣٥٦ ج١٧ و البدائع ص٢٣١ ج٣ و المغنى ص٦٢١ ج٨.

فصل في الكفارة

قال و كفارة الظهار عتق رقبة، فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا للنص الوارد فيه، فانه يفيد الكفارة على هذا الترتيب، قال و كل ذلك قبل المسيس،

عليها كفارة يمين. و قال الحسن بن زياد هو ظهار قال محمد ليس بشيء، و هو الصحيح، و به قال الشافعي و مالك و احمد و الثوري و الليث و اسحاق و ابوثور، و في الينابيع و الروضة هو يمين عند ابي يوسف ظهار عند الحسن، و في شرح المختار حكى الخلاف بين ابي يوسف و الحسن على العكس، و مثله في المفيد و المزيد و المحيط. و اوجب الاوزاعي عليها كفارة الظهار. و لو قال انت امي لايصير مظاهراً، و في الخزانة انا منك مظاهر او قد ظاهرت منك فهو ظهار، و يكره ان يقول لامراته يا اختي لورود النهي عن ذلك و لو أخر المظاهر التكفير فلها مطالبته به، و القاضي يجبره عليه و تمنع نفسها من القربان و المس و التقبيل. و لو قال قد كفرت صدق ما لم يعرف بالكذب، و لو أبى من التكفير بعد طلبها يحبس، فان ابى يضرب.

(فصل في الكفارة)

أي هذا فصل في بيان احكام الكفارة، و لما(١) ذكر حكم الظهار و هو حرمة الوطء و دواعيه الى نهايته ذكر في هذا الفصل ما ينهى تلك الحرمة، و هو الكفارة، و الكفارة(٢) عبارة عن الفعلة او الخصلة التي من شانها ان تكفر الخطيئة اي تسترها و تمحوها على وزن فعالة للمبالغة كقتالة و ضرابة، و هي من الصفات الغالبة في باب الاسمية. و اصل اشتقاقه من الكفر و هو الستر، و منه الكافر لانه يستر الايمان و يظهر الكفر و الزارع ايضا لانه يستر الحب في الارض (قال) اي القدوري رحمه الله تعالى في مختصره (و كفارة الظهار عتق رقبة) اي اعتاق رقبة، اذ العتق لاينوب عن الكفارة حتى لو ورث اياه و نوى الكفارة لايخرج عن العهدة (فمن لم يجد) اي رقبة (فصيام شهرين متتابعين، فان لم يستطع) اي الصيام (فاطعام ستين مسكينا للنص الوارد فيه) و هو قوله تعالى الذين يظاهرون من نسائهم الى قوله تعالى ستين مسكينا(٣) (فانه) اي فان النص (يفيد الكفارة) اي كفارة الظهار (على هذا الترتيب) دون التخيير لان الله تعالى ذكرها بحرف الفاء و هي للترتيب (قال) اي القدوري رحمه الله تعالى (و كل ذلك قبل المسيس)

---

(١) و لما ذكر الخ كذا في العناية. (٢) و الكفارة الخ راجع لسان العرب مادة كفر ص١٤٩ ج٥ و البحر ص١٠٨ ج٤ و راجع لمباحث الكفارة من بيان معناها و سببها و شرطها و نحو ذالك البحر ص١٠٨ ج٤ و البدائع ص٢٢٥ ج٣. (٣) ستين مسكينا – المجادلة – ٣.

و هذا الاعتاق و الصوم ظاهر للتنصيص عليه، و كذا في الاطعام، لان الكفارة فيه منهية للحرمة، فلابد من تقديمها على الوطء ليكون الوطء حلالاً. قال و تجزئ في العتق الرقبة الكافرة و المسلمة و الذكر و الانثى و الصغير و الكبير، لان اسم الرقبة يطلق على هؤلاء، اذ هي عبارة عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه. و الشافعي رحمه الله تعالى يخالفنا في الكافرة،

اي كل ما ذكر من الاعتاق و الصيام و الاطعام قبل الوطء (و هذا) اي الترتيب (في الاعتاق و الصوم ظاهر للتنصيص عليه) لان الله تعالى قال فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا (و كذا في الاطعام لان الكفارة فيه) اي في الاطعام (منهية للحرمة) الثابتة بالظهار و العود جميعا (فلابد من تقديمها) اي تقديم الكفارة (على الوطء ليكون الوطء حلالاً) لانه لو حل الوطء قبل الكفارة بالاطعام لم يكن المنهي منهياً و هو فاسد. و في شرح مختصر الكرخي و قال مالك رحمه الله تعالى يجوز الاطعام قبل المسيس، و به قال داود(١) (قال) اي القدوري رحمه الله تعالى (و تجزئ في العتق الرقبة الكافرة و المسلمة، و الذكر و الانثى، والصغير و الكبير، لان اسم الرقبة يطلق على هؤلاء) لانه ليس فيه تقييد بصفة دون صفة، فيجوز الكل (اذ هي) اي الرقبة (عبارة عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه) اعترض(٢) على المصنف هنا من وجهين، احدهما في قوله المرقوق المملوك بالتذكير، لان الذات مؤنثة و لايجوز تذكيرهما و الصواب عن الذات المرقوقة المملوكة و الجواب ان الذات تستعمل استعمال النفس، و الشيء. و عن ابي سعيد كل شيء ذات، و كل ذات شيء تذكيره باعتبار المعنى الثاني و الوجه الآخر المحفوظ عن ائمة اللغة استرق العبد اتخذه رقيقا و لم يسمع رقه حتى يشق منه المرقوق، و انما يقال رق فلان اي صار رقيقاً، اي عبداً. و الجواب عنه ان الازهري حكى عن ابن السكيت انه جاء عبد مرقوق، و كلاهما ثقة. و قال تاج الشريعة و وجهه ان يكون من رق له اذا رحمه فهو مرقوق له، ثم حذفت الصلة كما في المندوب. و اعلم(٣) ان قوله من كل وجه يتعلق بالمرقوق دون المملوك لان الكمال في الرق شرط دون الملك، و لهذا لو اعتق المكاتب الذي لم يؤد شيئا صح عن الكفارة، و لو اعتق المدبر لم يصح، لان الرق فيه ناقص (و الشافعي رحمه الله تعالى(٤) يخالفنا في الكافرة) فانها

---

(١) مالك رحمه الله تعالى الخ راجع الاوجز ص٣٥٦ ج٤. (٢) اعترض الخ كذا في العناية ص٩٥ ج٤. (٣)و اعلم الخ كذا في الشروح الثلاثة و نص الكفاية و قوله من كل وجه يتعلق بالمرقوق لان المدبر لايجوز لنقصان رقه و المكاتب الذي لم يؤد شيئا يجوز لكمال رقه و ان لم يكن مملوكا من كل وجه انتهى. (٤) و الشافعي رحمه =>

و يقول الكفارة حق اللّه تعالى فلايجوز صرفه الى عدو اللّه كالزكاة و نحن نقول المنصوص عليه اعتاق الرقبة، و قد تحقق، و قصده من الاعتاق التمكن من الطاعة ثم مقارفته(١) المعصية يحال به الى سوء اختياره

لاتجزئ في كفارة الظهار عنده، و به قال مالك و احمد رحمهما اللّه تعالى الا ان مالكا يقول بجواز اعتاق المجوسي عنها لما انه يجبر على الاسلام عنده فيحصل الاسلام بعده بالاكراه عليه (و هو) اي الشافعي رحمه اللّه تعالى (يقول الكفارة حق اللّه فلايجوز صرفها الى عدو اللّه كالزكاة) اي كما لايجوز صرف الزكاة الى الكافر لان عدو اللّه، و في بعض النسخ فلايجوز صرفه، اي صرف حق اللّه تعالى (و نحن نقول المنصوص عليه اعتاق) مطلق (الرقبة و قد تحقق) لان المطلق عبارة عن المنصوص للذات دون الصفات و قد تحقق، لانه ليس فيه باس على الايمان و الكفر (و قصده من الاعتاق التمكن من الطاعة) هذا جواب عن قول الشافعي رحمه اللّه تعالى الكفارة حق اللّه تعالى تقريره ان قصد المكفر بالاعتاق هو ان يتمكن المعتق من الطاعة بخلوصه عن خدمة المولى (ثم مقارفته) بالقاف بعد الميم اي ثم ارتكابه (المعصية يحال به الى سوء اختياره) الضمير في به يرجع الى المقارفة على تاويل الاقتراف و الكسب، لان المقارفة من الاقتراف و هو كسب السيئة. ثم توضيح معنى هذا الكلام ان يقال تحرير الكافر ليس بسيئة من وجه، بل هو حسنة من كل وجه، لانه تخليصه من الرق و تمكينه من الطاعة و النظر في محاسن الاسلام، لانه احسن اليه. فان لم يفعل ذلك فهو من سوء اختياره. فلايضاف ذلك الى المولى، و لقائل(٢) ان يقول مقارفة المعصية يحال به الى سوء اختياره، لكن لم لايكون قصور ذلك منه مانعاً عن الصرف اليه كما في الزكاة. و الجواب ان القياس جواز صرف الزكاة اليه ايضا لان فيه مواساة عباد اللّه، لكن قوله عليه الصلوة و السلام خذها من اغنيائهم(٣) و ردها على فقرائهم، اخرجهم عن المصرف، و قد اطال الشراح هنا بذكر دلائل من جهة الخصم و ردها من جهتنا فنذكرها ملخصة. فقالوا الكفارة مطهرة، و الكافر غير اهل لذلك، قال اللّه تعالى و لاتيمموا الخبيث منه تنفقون(٤) و لاخبث اشد من الكفر، و لهذا لايجوز المرتد لان الايمان شرط في كفارة القتل بالنص و الاجماع، فكذا في سائر الكفارات لانها جنس واحد و لان المطلق يحمل على

=> اللّه تعالى يخالفنا الخ راجع المبسوط للسرخسي ص٣ ج٧ و عمدة القاري ص٢٨٢ ج٢٠ و المغنى ص٥٨٥ ج٨. (١) مقارفته - ن - مقارنته. (٢) و لقائل الخ كذا في العناية ص٩٦ ج٤. (٣) خذ ها من اغنيائهم الحديث اخرجه الائمة الستة في كتبهم عن ابن عباس رضي اللّه تعالى عنه مرفوعا راجع للتفصيل نصب الراية ص٣٩٨ ج٢ و البناية ص١٩٢ ج٤. (٤) تنفقون - البقرة - ٢٦٧.

و لاتجزئ العمياء و

المقيد في جنس الواحد و الكفارات جنس واحد و لانا امرنا بعتق رقبة حي قائم من كل وجه، و الكافر ميت، قال الله تعالى او من كان ميتا فاحييناه(١) و لان الكفارة حسنة، و اعتاق الكافر سيئة لما فيه من تفريغ باله لعبادة الاوثان، و لانه عليه الصلوة و السلام قال لمعاوية بن الحكم رضي الله تعالى عنه حين أتى بجارية مجوسية و قال يارسول الله علي رقبة فاعتقها عنه، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم اين الله فاشارت الى السماء فقال اعتقها فانها مؤمنة، رواه مسلم(٢) و النسائى و ما سأل عن سبب وجوب الكفارة فدل ان الايمان شرط في الجميع، و لانه لايجوز التقرب الى الله بعتق اعدائه، و لان العمل بالمقيد عمل بالدليلين، لان المطلق جزء المقيد قلنا جواز المؤمنة باعتبار انها رقبة لا لانها مؤمنة، و كذا الكافرة كما في الكبيرة و الصغيرة و بينهما تضاد، و المرتد ممنوع يجوز عند بعض مشايخنا، و عند البعض لايجوز، لانه مستحق القتل، حتى يجوز بالمرتدة بلا خلاف، و تقييده بالايمان زيادة على النص، و هي نسخ و لايجوز تقييده بالقياس على كفارة القتل ايضا، لانه قياس المنصوص على المنصوص فلايجوز ذلك للزوم اعتقاد النقص فيما تولى الله تعالى بيانه، و لايحمل المطلق على المقيد اذا امكن العمل بهما و اطلاق الميت على الكافر مجاز، فانه لو قال كل مملوك لي حي حر عتق جميع عبيده الكفار بالاجماع. و القول بان اعتاق الكافر سيئة غير مستقيم لصحة النذر به. و لانه تعاون على البر و التقوى كما ذكر عن قريب. و حديث معاوية بن الحكم رضي الله تعالى عنه مؤول عند الثقات، فان فيه السؤال عن مكان الله و هو محال على الله عزوجل او نقول الحديث محمول على كفارة القتل بدليل قوله ان علي رقبة مؤمنة في رواية أخرى و قولهم لايجوز التقرب الى الله تعالى بعتق اعدائه مخالف للنص، قال الله تعالى لاينهاكم الله عن الذين يقاتلوكم الى قوله ان تبروهم و تقسطوا اليهم(٣) فانه تعالى ما نهانا عن الاحسان اليهم، و لهذا يصح النذر باعتاق العبد الكافر، و قد جوزت المالكية اعتاق المجوسي و الصابئين و لم تجوز اهل الكتاب و قولهم العمل بالمقيد عمل بالدليلين باطل لان الاطلاق ضد التقييد فلايكون العمل بالمقيد عملا بالمطلق، اذ في الاطلاق توسعة بعتق اي رقبة شاء و في التقييد تضييق. فان قلت المقيد بمنزلة البيان للمطلق قلت هذا فاسد لان المطلق لايحتاج الى البييان، اذ العمل باطلاقه ممكن (و لاتجزئ العمياء(٤) و

(١) فاحييناه الانعام ١٢٢. (٢) مسلم باب تحريم الكلام في الصلوة ص٢٠٣ ج١ و ابوداود كتاب الايمان باب في الرقبة المؤمنة ص١١٠ ج٢ و النسائي الكلام في الصلوة ص١٧٩ ج١ و الدارمي و المؤطا و مسند احمد (٣) و تقسطوا اليهم الممتحنة - ٨. (٤) العمياء الخ راجع المغني ص٥٨٦ ج٨ و تكملة شرح المهذب ص٣٦٨ج١٧.

لا المقطوعة اليدين او الرجلين، لان الفائت جنس المنفعة و هي البصر او البطش او المشي، و هو المانع. اما اذا اختلت المنفعة فهو غير مانع، حتى يجوز العوراء و مقطوعة احدى اليدين و احدى الرجلين من خلاف، لانه ما فات جنس المنفعة بل اختلت، بخلاف ما اذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد، حيث لايجوز لفوات جنس منفعة المشي، اذ هو عليه متعذر، و يجوز الاصم، و القياس ان لايجوز، و هو رواية النوادر، لان الفائت جنس المنفعة الا انا استحسنا الجواز، لان اصل المنفعة باق، فانه اذا صيح عليه يسمع، حتى لو كان بحال لايسمع اصلا بان ولد اصم و هو الاخرس لايجزئه(١)

لامقطوعة اليدين او الرجلين) المراد من العمياء الرقبة العمياء و هي تشمل الذكر و الانثى جميعاً لا الامة العمياء، لان عدم الجواز لا باعتبار الانوثة، بل باعتبار فوات جنس المنفعة (لان الفائت جنس المنفعة) و هو ما ثبت في هذه الصور (و هي البصر) من العمياء (او البطش) في مقطوعة اليدين (او المشي) في مقطوعة الرجلين (و هو المانع) اي فائت جنس المنفعة هو المانع (اما اذا اختلت المنفعة) اي جنس المنفعة (فهو غير مانع حتي يجوز العوراء و مقطوعة احدى اليدين و احدى الرجلين من خلاف، لانه ما فات جنس المنفعة بل اختلت) اي المنفعة و جنسها باق، و لا خلاف للائمة الاربعة و اصحابهم رحمهم الله تعالى انه لايجزئ عن الكفارة في عيب يفوت به جنس المنفعة، و عن ابراهيم النخعي ان عتق الاعمى جائز و عن ابن جريج يجزئ الاشل. و عند داود و اصحابه لايمنع شيء من العيوب (بخلاف ما اذا كانتا) اي اليدان و الرجلان (مقطوعتين من جانب واحد، حيث لايجوز لفوات جنس منفعة المشي) و كذا منفعة البطش (اذ هو) اي المشي عليه متعذر، و كذا البطش. و كذا لايجوز اذا كان من كل يد ثلاثة اصابع مقطوعة (و يجوز الاصم) في الاستحسان (و القياس ان لايجوز، و هو رواية النوادر لان الفائت جنس المنفعة. الا انا استحسنا الجواز) اي جواز الاصم (لان اصل المنفعة باق، فانه اذا صيح عليه يسمع، حتى لو كان بحال لايسمع اصلا بان ولد اصم و هو الاخرس لايجزئه) و في الشامل يجزئ الاصم، ثم قال و قالوا لان الصمم لايؤثر في الكسب تاثيرا فاحشاً. ثم قال و قيل(٢) الصمم باصل التخليق يمنع التكفير و قال في فتاوى الولوالجي و يجوز الاصم عن كفارة الظهار اذا كان يسمع شيئا و

---

(١) لايجزئه -ن- لايجزيه. (٢) و قيل الصمم الخ و في المبسوط للسرخسي ص٤ ج٧ و قيل الرواية التي قال لايجوز محمول على صمم اصلى و لابد ان يكون معه الخرس فانه لم يسمع الكلام ليتكلم و هذا لايجزي مراده من الرواية التي قال يجزي اذا كان الصمم عارضا فلايكون معه الخرس و يسمع عند المبالغة في رفع الصوت انتهى.

و لايجوز مقطوع ابهامي اليدين، لان قوة البطش بهما، فبفواتهما يفوت جنس المنفعة. و لايجوز المجنون الذي لايعقل، لان الانتفاع بالجوارح لايكون الا بالعقل، فكان فائت المنافع و الذي يجن و يفيق يجزئه(١) لان الاختلاف غير مانع. و لايجزئ عتق المدبر و لا ام الولد لاستحقاقهما الحرية بجهة، فكان الرق فيهما ناقصاً، و كذا المكاتب الذي ادى بعض المال، لان اعتاقه يكون ببدل.

لايسمع شيئا. و اذا كان لايسمع شيئا لايجوز و هو المختار و في الحلية يجوز مقطوع الانف و الاصم اذا فهم بالاشارة و الاخرس اذا فهمت اشارته، و هو قول الشافعي و ابي ثور. و لايجزئ عند احمد على المنصوص، و هو قول ابي حنيفة رحمهم الله تعالى و مالك في رواية (و لايجوز مقطوع ابهامي اليدين لان قوة البطش بهما فبفواتهما يفوت جنس المنفعة) و كذا لايجوز اذا قطعت من كل يد ثلاثة اصابع لفوات منفعة البطش. و قطع اكثر الاصابع كقطع جنسها، و لو كان المقطوع من كل يد اصبعاً او اصبعين سوى الابهام يجزئ لان منفعة البطش باقية، كذا في المبسوط(٢) و قال الشافعي لو كان مقطوع السبابة او الوسطى لايجوز كقطع الابهام، لان معظم العمل يتعلق بهذه الثلاثة (و لايجوز المجنون الذي لايعقل، لان الانتفاع بالجوارح لايكون الا بالعقل، فكان فائت المنافع) المجنون الذي لايعقل اصلا هو المجنون المطبق لايجوز بلاخلاف للائمة الاربعة رحمهم الله تعالى (و الذي يجن و يضيق يجزئه، لان الاختلال غير مانع) و انما يجزئه اذا اعتقه في حال الافاقة لايقال الرقبة الصغيرة فائت المنافع من المشي و النطق و العقل و الكلام لانها عديمة المنافع الى زمان الاصابة، فلايعد ذلك عيباً. و في المبسوط و فيه روي ابراهيم(٣) عن محمد بخلاف حلال الدم الذي قد قضي بدمه ثم عفي عنه لم يجز، كذا في المحيط (و لايجزئ عتق المدبر) خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى لانه يرى جواز بيعه و به قال احمد و عثمان البتي و داود الظاهري رحمهم الله تعالى (و لا ام الولد) اي و لا يجزئ عتق ام الولد و قال عثمان و داود يجوز عتق ام الولد بناء على جواز بيعها عندهما، و لايجوز عند الحسن و من ذكرنا معه الآن (لاستحقاقهما الحرية بجهة) و هي جهة التدبير، و جهة الاستيلاء (فكان الرق فيهما ناقصاً)(٤) لتوجه العتق اليهما قبل (و كذا) اي و كذا لايجزئ (المكاتب الذي أدى بعض المال، لان اعتاقه يكون ببدل) اي بعوض، و العوض يبطل معنى القربة، هذا ظاهر الرواية،

---

(١) يجزئه – ن – يجزيه. (٢) المبسوط للسرخسي ص٥ ج٧ و فتح القدير ص٩٧ ج٤. (٣) روى ابراهيم الخ و في فتح القدير ص٩٧ ج٤ و روى ابراهيم عن محمد اذا اعتق عبدا حلال الدم قضى بدمه عن ظهاره ثم عفى عنه لم يجز. (٤) ناقصا فانه اذا ثبت فيه شيء من القوة الحكمية زال في مقابلته شيء من الضعف الحكمي العناية.

و عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى يجزئه(١) لقيام الرق من كل وجه، و لهذا تقبل الكتابة الانفساخ، بخلاف امومية الولد و التدبير لانهما لايحتملان الانفساخ، فان اعتق مكاتبا لم يؤد شيئاً جاز، خلافا للشافعي رحمه الله تعالى له انه استحق الحرية بجهة الكتابة، فاشبه المدبر و لنا ان الرق قائم من كل وجه على ما بينا، و لقوله عليه الصلوة و السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم، و الكتابة لاتنافيه، فانه

و به قال زفر و الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى في رواية (و عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه يجزيه) اي ان اعتق المكاتب الذي ادى بعض المال يجزئه، رواه الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله تعالى (لقيام الرق من كل وجه) لان رقه لاينقص بما ادى من البدل (و لهذا) اي و لاجل قيام الرق من كل وجه (تقبل الكتابة الانفساخ) سواء كاان بعد استيفاء بعض او قبله (بخلاف امومية الولد و التدبير، لانهما لايحتملان الانفساخ) فلايجوز عتقهما عن الكفارة، لان الكفارة عتق الرقبة و هي اسم للذات المرقوقة لغة و شرعا، فيقتضي قيام الرق مطلقاً، و المطلق يقع على الكامل لا الناقص و الاستيلاد و التدبير يتمكن النقصان فيهما، فلايجوز (فان اعتق مكاتبا لم يؤد شيئا) يعني من مال الكتابة (جاز) عندنا، و به قال احمد في رواية (خلافا للشافعي رحمه الله تعالى) و زفر و مالك و احمد في رواية (له) اي للشافعي (انه) اي ان المكاتب (استحق الحرية بجهة الكتابة فاشبه المدبر) اي على مذهبه، لان عنده بيع المدبر و اعتاقه عن الكفارة جائز، و هذا(٢) الزام من الشافعي على اصحابنا على ما اجابوا يعني ان المدبر لايجوز اعتاقه عن الكفارة عندكم لانكم قلتم انه مستحق العتق بجهة، فينبغي ان لايجوز اعتاق المكاتب ايضاً لانه مستحق العتق بجهة، و هو باطل لانه ينفسخ و ذلك لا (و لنا ان الرق) اي في المكاتب (قائم من كل وجه علي ما بينا) اشار به الى قوله و لهذا تقبل الكتابة الانفساخ (و لقوله عليه الصلوة و السلام) اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم (المكاتب عبد ما بقي عليه درهم) هذا الحديث اخرجه ابوداود(٣) من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده رضي الله تعالى عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المكاتب عبد ما بقي عليه من الكتابة درهم انتهى. فعلم ان الرق فيه كامل قبل اداء بدل الكتابة فيدخل تحت مطلق اسم الرقبة (و الكتابة لاتنافيه) اي لاتنافي الرق، يعني لايلزم من وجود الكتابة ارتفاع الرق لعدم المنافاة (فانه) اي

---

(١) يجزئه - ن - انه يجزيه. (٢) و هذا الزام الخ كذا في الكفاية و العناية. (٣) ابوداود اول كتاب العتق ص١٩١ ج٢ و نصب الراية ص٢٤٧ ج٣.

فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة، الا انه بعوض، فيلزم من جانبه، و لو كان مانعاً ينفسخ بمقتضى الاعتاق، اذ هو يحتمله الا انه يسلم(١) له الاكساب و الاولاد، لان العتق في المحل(٢) بجهة الكتابة او لان الفسخ ضروري لايظهر في حق الولد و الكسب و ان اشترى اباه او ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنها. و قال الشافعي رحمه الله تعالى لايجوز، و على هذا الخلاف كفارة اليمين، و المسألة تاتيك في كتاب الايمان ان شاء الله

فان عقد الكتابة و في بعض النسخ - من - فانها اي فان الكتابة (فك الحجر) عن العبد في حق المكاسب (بمنزلة الاذن في التجارة) و ذا لايمكن نقصاناً في الرق فان قلت لو كانت الكتابة فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة لايستبد المولى بالفسخ كما في عزل الماذون فاجاب بقوله (الا انه) اي ان عقد الكتابة (بعوض فيلزم من جانبه) اي من جانب المولى بخلاف الاذن فانه فك بغير عوض (و لو كانت) جواب بطريق التنزل، يعني لو سلمنا ان الكتابة لو كانت (مانعة) اي عن وقوع الاعتاق عن الكفارة (ينفسخ) اي الكتابة (بمقتضى الاعتاق) يعني ضرورة صحة الاعتاق بطريق الاقتضاء (اذ هي) اي الكتابة (تحتمله) اي تحتمل الفسخ و في بعض النسخ و لو كان مانعا ينفسخ بمقتضى الاعتاق اذ هو يحتمله، اي و لو كان عقد الكتابة مانعا عن وقوع الاعتاق..... الى آخره (الا انه يسلم له الاولاد و الاكساب) هذا جواب عما يقال ان عقد الكتابة لما انفسخ التحق بالعدم، فينبغي ان يكون الاكساب و الاولاد للمولى، فاجاب(٣) بجوابين احدهما هو قوله - يسلم له الاولاد و الاكساب - (لان العتق في حق المحل لجهة الكتابة) و في حق المولى لجهة الكفارة رعاية للجانبين. و الجواب الآخر هو قوله (او لان الفسخ ضروري) اي فسخ عقد الكتابة ضرورة الجواز من جهة التكفير (لايظهر في حق الولد و الكسب) لان الثابت بالضرورة لايعدو موضعها (و ان اشترى) اي المظاهر (اباه او ابنه ينوى بالشراء الكفارة جاز عنها) اي عن الكفارة و اليه ذهب بعض اصحاب الشافعي رحمهم الله تعالى و كذا لو اشترى كل ذي رحم محرم يعتق عليه (و قال الشافعي رحمه الله تعالى لايجوز) و به قال ابوحنيفة اولا و مالك و احمد و زفر رحمهم الله تعالى و على الخلاف لو وهب له او اوصى به، اما لو ملكه بلاصنعه، كما لو دخل بالميراث لايجزئه بالاجماع (و على هذا الخلاف كفارة اليمين) و كذا كفارة الظهار و القتل (و المسألة تاتيك في كتاب الايمان(٤) ان شاء الله

---

(١) يسلم - ن - تسلم. (٢) في المحل - ن - في حق المحل. (٣) فاجاب الخ راجع الشروح الثلاثة للهداية اعني الفتح و الكفاية و العناية. (٤) كتاب الايمان باب اليمين في العتق و الطلاق ص٤٧٨ ج٢ من كتاب =>

تعالى فان(١) اعتق نصف عبد مشترك و هو موسر و ضمن قيمة باقيه لم يجز عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و يجوز عندهما لانه يملك نصيب صاحبه بالضمان، فصار معتقا كل العبد عن الكفارة، و هو ملكه، بخلاف ما اذا كان المعتق معسراً لانه وجب عليه السعاية في نصيب الشريك، فيكون اعتاقاً بعوض. و لابي حنيفة ان نصيب صاحبه ينتقص على ملكه ثم يتحول اليه بالضمان، و مثله يمنع الكفارة. و ان(٢) اعتق نصف عبده عن

تعالى) نرجو من كرم الله تعالى و فضله ان نصل اليه، و الى ما بعده الى آخره ان شاء الله تعالى. (فان اعتق نصف عبد مشترك، و هو موسر) اي و الحال انه غني، قيد به لانه اذا كان معسرا تجب عليه السعاية، فلايجزئ عن الكفارة عندهما ايضا ، لانه اعتاق بعوض (فضمن قيمة باقيه لم يجز عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و يجوز عندهما) و قال الشافعي رحمه الله تعالى(٣) لو اعتق نصيبه و نوى عتق جميعه عن الكفارة اجزأه و لو كان معسرا فاعتق نصيبه عن كفارة و اشترى نصيب شريكه فاعتقه عن كفارته اجزأه فيه و الا لا (لانه يملك نصيب شريكه بالضمان فصار معتقا كل العبد عن الكفارة و هو ملكه) اي و الحال انه ملكه في ذلك الوقت (بخلاف ما اذا كان المعتق معسراً، لانه وجب عليه السعاية في نصيب الشريك، فيكون اعتاقا بعوض) فلايجوز بالاعتاق. (و لابي حنيفة رحمه الله تعالى ان نصيب صاحبه ينتقص على ملكه) لاستحقاق الحرية و لتعذر استدامة الملك فيه (ثم يتحول اليه بالضمان) ما بقي منه (و مثله يمنع الكفارة) لتمكن النقصان منه، فاذا اعتق يكون معتقا رقبة ناقصة فان قيل(٤) المضمونات تملك باداء الضمان بصفة الاستناد الى زمان وجود السبب فصار نصيب الساكت ملك المعتق زمان الاعتاق، فكان النقصان في ملكه لا في ملك شريكه، و مثله لايمنع الكفارة. اجيب بان الملك في المضمون يثبت بصفة الاستناد في حق الضامن و المضمون له لا في حق غيرهما ، و الكفارة غيرهما فيتمكن النقصان في حقها فلايجوز (و ان اعتق نصف عبده عن

=> الهداية المطبوعة ملتان باكستان. (١) فان – ن – و ان. (٢) و ان – ن – فان. (٣) و قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ و في تكملة شرح المهذب ص٣٧١ ج١٧ و ان كان بينه و بين آخر عبد و هو موسر فاعتق نصيبه و نوى عتق الجميع عن الكفارة اجزاه لانه عتق العبد بالمباشرة و السراية و حكم السراية حكم المباشرة و لهذا اذا جرحه و سرى الى نفسه جعل كما لو باشر قتله و ان كان معسرا عتق نصيبه و ان ملك نصيب الآخر و اعتقه عن الكفارة اجزاه لانه اعتق جميعه عن الكفارة و ان كان في وقتين فاجزاه كما لو اطعم المساكين في وقتين انتهى.
(٤) فان قيل الخ كذا في العناية ص١٠٠ ج٤ و الفتح و الكفاية.

كفارته ثم اعتق باقيه عنها جاز، لانه اعتقه بكلامين، و النقصان متمكن على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة و مثله غير مانع كمن اضجع شاة للاضحية فاصاب السكين عينها، بخلاف ما تقدم لان النقصان تمكن(١) على ملك الشريك و هذا على اصل ابي حنيفة رحمه الله تعالى و اما(٢) عندهما الاعتاق لايتجزأ، فاعتاق النصف اعتاق الكل، فلايكون اعتاقا بكلامين. و ان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التي ظاهر منها ثم اعتق باقيه لم يجز عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لان الاعتاق يتجزأ عنده، و شرط الاعتاق ان يكون قبل المسيس بالنص و اعتاق النصف حصل بعده. و عندهما اعتاق النصف اعتاق الكل فحصل الكل قبل المسيس،

كفارته ثم اعتق باقيه) اي باقي عبده (عنها جاز) استحساناً و القياس ان لايجوز عند ابي حنيفة كما في العبد المشترك لوجود النقصان في النصف الآخر. وجه الاستحسان ما اشار اليه بقوله (لانه اعتقه بكلامين) و لامحظور فيه (و النقصان) هذا جواب عما يقال قد تمكن النقصان كمامر. فاجاب بقوله و النقصان اي الواقع في النصف الآخر (متمكن على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة، و مثله غير مانع) اي و مثل النقص الذي حصل بسبب الاعتاق غير مانع من الجواز، و به قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى و المشهور عن مالك رحمه الله تعالى عدم الجواز، و به قال ابو ثور، و عن القاسم من اصحاب مالك يجوز (كمن اضجع شاة) ذكر هذا نظير الاستحسان في الجواب و هو انه اضجع شاة (للاضحية) ليذبحها (فاصاب السكين عينها) لايمنع جواز التضحية، لان النقصان حصل من فعل التضحية كما حصل هنا من فعل الكفارة (بخلاف ما تقدم، لان النقصان) فيه (متمكن على ملك الشريك) اي النقصان فيه وقع في ملك الشريك (و هذا) اي جعله اعتاقا بكلامين (على اصل ابي حنيفة رحمه الله تعالى) في تجزي الاعتاق (أما عندهما الاعتاق لايتجزأ، فاعتاق النصف اعتاق الكل، فلايكون اعتاقا بكلامين) و على هذا مبنى المسألة التي تليها، و هي قوله (و ان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التي ظاهر منها ثم اعتق باقيه لم يجز عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لان الاعتاق يتجزأ عنده و شرط الاعتاق ان يكون قبل المسيس بالنص) و هو قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة من قبل ان يتماسا(٣) (و اعتاق النصف حصل بعده) اي بعد المسيس فلايجوز عن الكفارة (و عندهما اعتاق النصف اعتاق الكل) على اصلهما، لان الاعتاق لايتجزأ (فحصل الكل قبل المسيس)

---

(١) تمكن – ن – متمكن. (٢) و اما – ن – اما. (٣) يتماسا – المجادلة – ٣.

و اذا لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان و لايوم الفطر و لا يوم النحر و لا ايام التشريق. اما التتابع فلانه منصوص عليه، و شهر رمضان لايقع عن الظهار لما فيه من ابطال ما اوجبه الله و الصوم في هذه الايام منهي عنه، فلاينوب عن الواجب الكامل. فان جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامداً او نهارا ناسياً استانف

فيجوز (و اذا لم يجد المظاهر ما يعتق) و في المحيط اذا لم يملك الرقبة و لا ثمن رقبة (فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان) اي ليس في الشهرين شهر رمضان، الا اذا كان مسافراً و صام شعبان و رمضان بنية الكفارة اجزاه عند ابي حنيفة و ابي ثور رحمهما الله تعالى و لا يجزئه عند ابي يوسف و محمد و الشافعي رحمهم الله تعالى (و لا يوم الفطر و لا يوم النحر و لا ايام التشريق اما التتابع فلانه منصوص عليه) بقوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا (١) (و شهر رمضان لايقع عن الظهار لما فيه من ابطال ما اوجبه الله تعالى) لان الله تعالى امر بالصوم فيه، فالصوم الواقع فيه يقع عن صوم رمضان، فلايقع عن فرض آخر فان قلت كيف صار صوم رمضان عنه، و عن صوم الاعتكاف اذا نذر ان يعتكف فيه فصامه معتكفا. قلت الصوم فيه شرط، فيشترط وجوده كيفما كان لا قصداً، بخلاف الصوم في الكفارة، لانه فرض مقصود يعتبر وجوده قصداً، (و الصوم في هذه الايام) اي في ايام الفطر و النحر و التشريق (منهي عنه، فلاينوب عن الواجب الكامل) لما روى الطبراني(٢) من حديث ابن عباس رضي الله تعالى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ارسل ايام منى صائحا يصيح ان لا تصوموا هذه الايام، فانها ايام اكل و شرب و بعال، و البعال وقاع النساء. و روى البخاري(٣) و مسلم من حديث ابي عبيد قال شهدت العيد مع عمر رضي الله عنه فبدأ بالصلاة قبل الخطبة، ثم قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن صيام هذين اليومين، اما يوم الاضحى فتاكلون من لحم نسككم و اما يوم الفطر ففطركم من صيامكم، و أخرجا(٤) ايضا عن ابي سعيد الخدري رضي الله تعالى عنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيامين، صيام يوم الاضحى و يوم الفطر (فان جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلاً عامداً او نهاراً ناسياً استانف

---

(١) يتماسا المجادلة - ٣. (٢) الطبراني في معجمه الكبير و اسناده حسن كذا في الزوائد راجع لتحقيق هذا الحديث نصب الراية ص٤٨٤ ج٢ و البناية ص٣٧٦ ج٤ و فتح القدير ص٣٠٢ ج٢. (٣) البخاري باب صوم يوم الفطر ص٢٦٧ ج١ نحوه و مسلم باب صوم يومى العيدين ص٣٦٠ ج١. (٤) اخرجا الخ البخاري باب صوم النحر ص٢٦٧ ج١ و مسلم ص٣٦٠ ج١.

الصوم عند ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال ابويوسف رحمه الله تعالى لايستانف، لانه لايمنع التتابع اذ لايفسد به الصوم و هو الشرط، و ان كان تقديمه على المسيس شرطا ففيما ذهبنا اليه تقديم البعض، و فيما قلتم تاخير الكل عنه. و لهما ان الشرط في الصوم ان يكون قبل المسيس، و ان يكون خاليا عنه ضرورة بالنص، و هذا الشرط ينعدم به فيستانف. و ان افطر منهما(١) يوما بعذر او بغير عذر استانف لفوات التتابع، و هو قادر عليه عادة.

الصوم عند ابي حنيفة و محمد) و به قال الثوري و مالك و احمد و ابوعبيد رحمهم الله تعالى و انما قيد(٢) الجماع بالتي ظاهر منها، لانه اذا جامع غيرها، فان كان وطئا يفسد الصوم يقطع التتابع و يلزمه الاستئناف بالاتفاق، و ان كان لايفسد الصوم بان وقع بالنهار ناسياً او بالليل كيف كان لايلزمه الاستئناف بالاتفاق. و قيد يجامع التي ظاهر منها بالنهار ناسياً، لانه اذا جامع بالنهار عامداً استانف بالاتفاق، و ذكر العمد في الليل وقع اتفاقاً، لان العمد و النسيان في الوطء بالليل سواء فعرفت ان الخلاف في وطء لايفسد الصوم (و قال ابويوسف رحمه الله تعالى لايستأنف) و به قال الشافعي و ابن المنذر و الظاهرية رحمهم الله تعالى (لانه لايمنع التتابع، اذ لايفسد به الصوم) اي بالجماع ليلاً عامداً او نهاراً ناسياً، فصار كوطء غيرها (و هو الشرط) اي التتابع هو الشرط للصوم كفارة وقد وجد (و ان كان تقديمه على المسيس شرطاً) هذا جواب عما يقال التقديم على المسيس شرط و لم يوجد، فاجاب بقوله و ان كان الى قوله (ففيما ذهبنا اليه تقديم البعض و فيما قلتم) يعني الاستئناف (تاخير الكل عنه) و تاخير البعض اهون من تاخير الكل (و لهما) اي لابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (ان الشرط في الصوم ان يكون قبل المسيس) لانه قال الله تعالى من قبل ان يتماسا (و ان يكون خالياً عنه) اي و الشرط ايضا ان يكون الصوم خالياً عن الجماع (ضرورة بالنص)(٣) اي لاجل ضرورة كون الصوم قبل المسيس كونه خالياً عنه بمقتضى النص، و هو قوله تعالى من قبل ان يتماسا (و هذا الشرط) اشار به الى خلو الشرط (ينعدم به) اي بالمسيس في خلال الشهرين، فاذا كان كذلك (فيستانف) الصوم (و ان افطر منهما) اي من الشهرين (يوما بعذر او بغير عذر يستانف) الصوم (لفوات التتابع) المشروط بالنص (و هو قادر عليه) اي على التتابع (عادة) اي من حيث العادة، و احترز

---

(١) منهما - ن - منها. (٢) و انما قيد الخ كذا في العناية ص١٠٢ ج٤. (٣) ضرورة بالنص الخ راجع له العناية.

و ان ظاهر العبد لم يجزئه(١) في الكفارة الا الصوم، لانه لا ملك له، فلم يكن من اهل التكفير بالمال وان اعتق المولى او اطعم عنه لم يجزئه(٢) لانه ليس من اهل الملك فلايصير مالكاً بتمليكه، و اذا لم يستطع المظاهر الصيام اطعم ستين مسكيناً لقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا(٣) و يطعم كل مسكين نصف صاع من بر او صاعاً من تمر او شعير او قيمة ذلك، لقوله عليه الصلوة و السلام

به عن المرأة اذا افطرت في كفارة الظهار او القتل بعذر الحيض، فانها لاتستانف، لانها معذورة عادة لاتجد شهرين متتابعين لاتحيض فيهما (و ان ظاهر العبد لم يجزئه في الكفارة الا الصوم، لانه لا ملك له فلم يكن من اهل التكفير بالمال) و ان ملك لوجود التنافي بين الرق و الملك، فتعين كفارته بالصيام كالفقير (و ان اعتق المولى او اطعم عنه لم يجزه لانه ليس من اهل الملك فلايصير مالكاً بتمليكه)(٤) اي بتمليك المولى اياه، و به قال الشافعي و احمد و هو مروي عن الحسن، و قال ابن القاسم المالكي لو اطعم باذن مولاه اجزأه و لو اعتق لايجزئه. و قال الاوزاعي يجزئه، فانه باذنه اذا لم يقدر على الصيام (و اذا لم يستطع المظاهر الصيام اطعم ستين مسكيناً، لقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا و يطعم كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير) من دقيق الحنطة او سويقها او نصف صاع من زبيب عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما صاع من زبيب و هي احدى الروايتين عن ابي حنيفة كذا في الطحاوي (او قيمة ذلك) اي او يطعم قيمة ذلك، لكن(٥) من غير الاعداد المنصوصة مطلقاً و اما في الاعداد المنصوصة فلايجوز اداؤها قيمة اذا كانت اقل قدراً مما قدره الشرع و ان كانت اكثر من الآخر قيمة، حتى لو ادى نصف صاع من تمر جيد يبلغ قيمته نصف صاع من حنطة لايجوز، و كذا لو ادى اقل من نصف صاع من حنطة يبلغ قيمته صاعا من تمر او شعير لايجوز، و الاصل فيه ان كل جنس هو منصوص عليه من الطعام لايكون بدلاً عن جنس آخر هو منصوص عليه، و ان كان في القيمة اكثر لانه لا اعتبار لمعنى النص في المنصوص عليه، و انما الاعتبار له في غيره (لقوله عليه الصلوة و السلام) تعليل لقوله - او يطعم كل مسكين نصف صاع - الى قوله - او شعير - و

---

(١) لم يجزئه - ن - لم يجزه. (٢) لم يجزئه - ن - لم يجزه. (٣) مسكينا المجادلة - ٤. (٤) بتمليكه الخ و في فتح القدير ص١٠٣ ج٤ اوقعه تعليلا لقوله و ان اطعم المولى عنه او اعتق فافاد ان معناه انه ملكه و امره ان يعتق او يطعم ليكون هو المكفر اذ لابد من الاختيار في اداء ما كلف به او معناه ان العبد امره ففعل ذلك فانه يتضمن تمليكه ثم اعتاقه عنه و اطعامه انتهى. (٥) لكن الخ كذا في العناية و الكفاية.

في حديث اوس بن الصامت و سهل بن صخر لكل مسكين نصف صاع من بر

ليس بتعليل لقوله - او قيمة ذلك - اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم (في حديث اوس بن الصامت) الحديث لخولة بنت ثعلبة زوج اوس بن الصامت اخي عبادة بن الصامت، هكذا رواه ابو داود(١) من طريق ابن اسحاق عن معمر بن عبدالله بن حنظلة عن يوسف بن عبدالله بن سلام عن خويلة بنت مالك بن ثعلبة قالت ظاهر مني زوجي اوس بن الصامت فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم اشكو اليه و رسول الله صلى الله عليه وسلم يجادلني فيه، و يقول اتقى الله فانه هو ابن عمك، فما برحت حتى نزل القرآن قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها.... الآية(٢) فقال عليه الصلوة و السلام يعتق رقبة قالت لايجد قال فيضوم شهرين متتابعين، قالت يارسول الله انه شيخ كبير ما به من صيام قال فليطعم ستين مسكيناً، قالت ما عنده من شيء يتصدق به قالت فاتى ساعتئذ بعرق من تمر قلت يارسول الله فاني اعينه بعرق آخر من تمر، قال قد احسنت، اذهبي فاطعمي بها عنه ستين مسكيناً و ارجعي الى ابن عمك. قال و العرق ستون صاعا. (و سهل بن صخر لكل مسكين نصف صاع من بر) و الصواب سلمة بن صخر و كذا ذكر في المبسوط قال ابوعمر(٣) بن عبدالبر هو سلمة بن صخر بن سلمان بن حارثة الانصاري ثم البياضي مدني، و يقال له سلمان بن صخر و سلمة اصح، و هو الذي ظاهر من امراته ثم وقع عليها، فامره رسول الله صلي الله عليه وسلم ان يكفر، و كان من البكائين. و قال ابوعمر(٤) ايضا سهل بن صخر له صحبة و رواية حديثه عن يوسف بن خالد عن ابيه عن جده انه اوصا فقال يا بني اذا ملكت ثمن عبد فاشتر عبداً، فان الخير في نواصي الرجال، و لم يذكر له شيئا متعلقاً بالظهار. و قال الذهبي سهل بن صخر الليثي، و قيل سهل نزل البصرة و حديثه عند خالد السمني عن ابيه، و لم يذكر شيئا غير ذلك، و قد عرفت من ذلك تقصير صاحب الهداية فيما ذكره. و اعجب من هذا الاترازي الذي طول الكلام في هذا الموضع و قوة الناظر فيه. و قال في معرض الاستدلال و لنا ما روى الشيخ ابوالحسن الكرخي في جامعه في قصة خولة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال فليطعم وسقا من تمر ستين مسكيناً. ثم قال و الحديث مسند في سنن ابي داود بطوله، انتهى. و كان ينبغي ان يذكر الحديث بلفظ ما رواه ابوداود بسنده و اشد عجباً منه الاكمل حيث قال في شرحه(٥) و ما ذكره المصنف موافق لما ذكره المستغفري في معرفة الصحابة قال سهيل بن صخر و

(١) ابوداود باب الظهار ص٣٠٩ ج١. (٢) الآية المجادلة - ١. (٣) قال ابوعمر الخ اي في الاستيعاب ص٨٩ ج٢ مع الاصابة ص٦٦ ج٢. (٤) قال ابوعمر اي في الاستيعاب ص٩٨ ج٢ مع الاصابة. (٥) في شرحه العناية ص١٠٤ ج٤.

و لان المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين، فيعتبر بصدقة الفطر. و قوله - او قيمة ذلك - مذهبنا، و قد ذكرناه في الزكاة، فان اعطى منا من بر، و منوين من تمر او شعير جاز

نظر فيه في موضعين، احدهما ان الاصح في سهل مكبراً كما ذكرناه، و لم ينبه عليه، بل بلغه كما وجد بخطوط من لايعتبر نقلهم، و الآخر ادعى انما ذكره المصنف موافق الى آخره و ليت شعري من اين هذه الموافقة، لان المصنف ذكر هذا دليلاً لما ذكر و لم يرو شيئا اصلا عن سهل بن صخر مما يتعلق بالظهار، و كان المستغفري ذكره في الصحابة لايستلزم رواية شيء منه في الظهار، و ليس المقصود من ذكر المصنف اياه معرفة كونه صحابياً. و كذا الكاكي قال سهل بن صخر، كذا اورد المسعر المستغفري والحال بالحال و قال ايضاً لنا حديث اوس بن الصامت رضي الله عنه كما ذكر في المتن، رواه ابوداود و احمد، و قد قلنا ان الحديث لخولة بنت ثعلبة، و لم يجرد الحديث. و اكتفى بقوله كما ذكر في المتن، فان هذه الاشياء من التقليد، و الشافعي رحمه الله تعالى(١) هنا يطعم مداً من الطعام و يجب ذلك من غالب قوت البلد من الحبوب و الثمار التي يجب فيها الزكاة. و قال مالك يجب بمد هشام، و هو مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم و قيل انه دونهما، لانه عليه الصلوة و السلام نص على مدين في فدية الاذى و الظهار مثله. و قال احمد يجب من البر مد، و من التمر و من الشعير مدان، لانه روي عن عطاء عن اوس اخي عبادة بن الصامت انه عليه الصلوة و السلام اعطى خمسة عشر صاعا من شعير. قال ابوداود(٢) هذا منقطع لان عطاء لم يلق اوساً (و لان المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين، فيعتبر بصدقة الفطر) يعني في المقدار(٣) لكن بينهما فرق، فانه يجوز التفريق في صدقة الفطر، فان ادى منا من الحنطة الى مسكين و منا آخر الى مسكين آخر، و هنا لايجوز بل يجب عليه ان يتم على ذلك المسكين، فان لم يجد يستانف على غيره، لان المعتبر في صدقة الفطر المقدار دون العدد، و في الكفارة العدد بالنص، قال الله تعالى فاطعام ستين مسكيناً كذا في مبسوط فخر الاسلام و شرح الطحاوي (و قوله - او قيمة ذلك - مذهبنا) اي قول القدوري رحمه الله تعالى، لان المسالة مذكورة في القدوري هكذا (و قد ذكرناه في الزكاة) اي و قد ذكرنا معناه في كتاب الزكاة، و في فصل الحملان و الفصلان (فان اعطى منا من بر و منوين من تمر او شعير جاز) هذه من مسائل الاصل، و لم يذكر في القدوري و لا في الجامع الصغير ذكر المصنف رحمه الله تعالى على سبيل التفريع، و لفظ الاصل و لو اعطى لكل مسكين مداً من بر و مدين من شعير او تمر اجزاه

---

(١) و الشافعي رحمه الله تعالى راجع المغني ص١٠٦ ج٨ و تكملة شرح المهذب ص٣٧٧ ج١٧ و الاوجز ص٣٥٦ ج٤. (٢) قال ابوداود في سننه ص٣٠٩ ج١. (٣) في المقدار الخ كذا في العناية.

لحصول المقصود اذ الجنس متحد، و ان امر غيره ان يطعم عنه من ظهاره ففعل اجزاه، لانه استقراض معنى و الفقير قابض له اولاً ثم لنفسه فتحقق تملكه ثم تمليكه، فان غداهم و عشاهم جاز

(لحصول المقصود) و هو دفع حاجة الفقير (اذ الجنس متحد) و هو الكفارة، و هو متحد من حيث الاطعام، لان كل واحد من الاصلين اصلا، فيجوز النصف من كل واحد منهما، و هو سد خلة المحتاج في يومه يحصل ذلك بخلاف ما اذا اعطى من صنف اقل مما قدر فيه، لكنه يساوي كمال الواجب من صنف، فانه لايجوز، كما لو اعطى مداً و هو يساوي صاعا من شعير او اعطى نصف صاع من تمر، و هو يساوي نصف صاع حنطة لايجوز، فان قيل(١) لو اعتق نصف رقبتين بان كان بينه و بين شريكه رقبتان فاعتق نصيبه منهما من الكفارة لايجوز مع ان الجنس متحد من حيث الاعتاق، قلنا نصف الرقبتين ليس برقبة كاملة، اذ الشركة في كل رقبة تمنع التكفير، بخلاف الاضحية بان ذبحا شاتين بينهما عن اضحيتهما حيث يجوز، لان الشركة لاتمنع الاضحية كما في البدنة، كذا في المبسوط. (و ان امر غيره ان يطعم عنه من ظهاره ففعل اجزاه) هذه ايضا من مسائل الاصل، ذكر بسبيل التفريع (لانه استقراض معنى) اي لان امره بالاطعام عنه طلب القرض منه من حيث المعنى (و الفقير قابض له اولاً، ثم لنفسه) اي قابضاً له نيابة عنه، ثم يكون قابضا لنفسه (فتحقق تملكه) اي تملك الآمر (ثم تمليكه) اي ثم يتحقق تمليكه الى الفقير، كما لو وهب الدين من غير من عليه الدين و امره بقبضه، فانه يجوز لانه يصير قابضا للواهب، ثم يجعله لنفسه، كذا هنا، و لايقال كيف يجعل الفقير نائبا، و هو مجهول، و الرضي بكونه نائبا شرط، لانا نقول انما يراعي شرائط النيابة اذا كانت قصدية لاضمنية لما عرف ان ما ثبت ضمناً لايراعي شرائطه. قال الكاكي و يرد على ظاهر الرواية التزوج على عبد الغير او ثوب الغير، فانهما يجعل فيهما قرضاً لا هبة، و ان كان في القرض شك و الفرق ان في معنى الاطعام معنى القربة و الصدقة، فيقصد بذلك الثواب و الاجر دون المال، بخلاف غيره. و منهم من يقول الصدقة تقع في يد الرحمن قبل ان تقع في يد المحتاج، و لهذا لاتضر الجهالة في الصدقة، لان القابض معلوم، و لهذا لو تصدق بدار تحتمل القسمة على فقيرين جاز، و على غنيين لايجوز. و الفرق ان القابض في الصدقة معلوم دون الهبة. (فان غداهم و عشاهم جاز) هذه من مسائل القدوري، اي فان غدى ستين مسكيناً يعني اطعم الغداء، و هو طعام الغداة. قوله - و عشاهم - اي اطعمهم

(١) فان قيل الخ كذا في العناية و الكفاية و الفتح.

قليلاً كان ما اكلوا او كثيرا. و قال الشافعي رحمه الله تعالى لايجزئه الا التمليك اعتباراً بالزكاة و صدقة الفطر، و هذا لان التمليك ادفع للحاجة، فلاينوب منابه الاباحة. و لنا ان المنصوص عليه هو الاطعام و هو حقيقة في التمكين من الطعم و في الاباحة ذلك، كما في التمليك. اما الواجب في الزكاة الايتاء، و في صدقة

العشاء، و هو طعام العشاء الرواية(١) بالواو لا بأو، فان التغذية الواحدة دون التعشية، و التعشية من غير التغذية لايجوز ذكره في المبسوط. و عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى لو غدى ستين مسكيناً و عشى آخرين لايجوز، و قال الكاكي و ما في بعض نسخ(٢) الهداية ان عشاهم اراد به غداهم غدائين او عشاهم عشائين، ذكره في المحيط، فعلم ان المراد غداآن او عشاآن او غداء و عشاء (قليلا اكلوا او كثيراً) اي بعد ما شبعوا، اذ القصد الشبع لا المقدار، لان المقصود دفع حاجة اليوم. و في المحيط المعتبر اكلتان مشبعتان، و لايعتبر فيه مقدار الطعام، حتى لو قدم اربعة ارغفة او ثلاثة في كفارة اليمين بين يدي عشرة و شبعوا اجزأ و ان لم يبلغ ذلك صاعاً او نصف صاع و لو كان احدهم شبعان هل يجوز، اختلف(٣) المشايخ فيه، قال بعضهم يجوز، لانه وجد اطعام العشرة. و قال بعضهم لايجوز لان الماخوذ عليه اشباع العشرة، و لم يوجد، و بقولنا قال ابراهيم النخعي و مالك رحمهما الله تعالى (و قال الشافعي رحمه الله تعالى لايجزئه الا التمليك) و به قال احمد رحمه الله تعالى و انما يعتبر فيه التمليك دون الاباحة (اعتبارا بالزكاة، و صدقة الفطر) اي قياسا عليهما (و هذا) اي وجه اعتبارها بالزكاة و صدقة الفطر (لان التمليك ادفع للحاجة، فلاينوب منابه الاباحة) لان الاباحة ليست مثل التمليك في دفع الحاجة (و لنا ان المنصوص عليه هو الاطعام) و هو جعل الغير طاعماً (و هو حقيقة في التمكين من الطعم) بضم الطاء و هو الطعام، و الطعام بالفتح مذاق الشيء (و في الاباحة ذلك) اي الاطعام (كما في التمليك) اي كما في معنى التمليك الاطعام، فاذا كان كذلك فيتأدى الواجب بكل واحد منهما، فكانت الاباحة ثابتة بالنص، و التمليك في معناه، بل هو فوقه فيما هو المقصود، و هو سد خلة الفقير و اغناؤه (اما الواجب في الزكاة) جواب عن قول الشافعي رحمه الله تعالى اعتبارا بالزكاة، و صدقة الفطر و تقريره ان الواجب في الزكاة (الايتاء) و هو الاعطاء (و في صدقة

---

(١) الرواية بالواو الخ كذا في العناية و الكفاية. (٢) و ما في بعض نسخ الهداية الخ و في الكفاية ص١٠٥ ج٤ و في بعض نسخ الهداية فان غداهم غدائين او عشاهم عشائين الخ. (٣) اختلف المشائخ الخ كذا في العناية ص١٠٥ ج٤.

الفطر الاداء و هما للتمليك حقيقة، و لو كان فيمن عشاهم صبي فطيم لايجزئه، لانه لايستوفيه كاملاً، و لابد من الادام في خبز الشعير ليمكنه الاستيفاء الى الشبع و في خبز الحنطة لايشترط الادام و ان اعطى مسكينا واحدا ستين يوماً اجزأه، و ان اعطاه في يوم واحد لم يجزئه الا عن يومه، لان المقصود سد خلة المحتاج، و الحاجة تتجدد في كل يوم فالدفع اليه في اليوم الثاني كالدفع الى غيره،

الفطر الاداء و هما للتمليك) اي المعنى التمليك (حقيقة) فلايجوز الاباحة، و في الكافي الاصل ان الاباحة(١) تصح في كفارة الظهار، و الافطار و اليمين، و جزاء الصيد و الفدية دون الصدقات كالزكاة و صدقة الفطر و الحلق عن الاذى و العشر، فانه يشترط فيها التمليك، و في صدقة الحلق عن الاذى خلاف بين ابي يوسف و محمد، فابويوسف يجوز الاباحة. و محمد يشترط فيه التمليك، (و لو كان فيمن عشاهم صبي فطيم لايجزئه) هذه من مسائل كتاب الايمان ذكره بسبيل التفريع، اي و لو كان في المساكين الستين الذي عشاهم صبي فطيم عن اللبن لا يجزئه (لانه) اي لان الصبي الفطيم (لايستوفيه كاملاً) لان تعشيته و تغذيته ناقصة، فلاتجزئ عن الكامل فان قيل تجزئ في البالغين قليلاً ما اكلوا او كثيراً، فينبغي ان يجزئه في الفطيم، قيل له صلاحية الاكل التام اقيمت مقام الاكل التام فيهم، و ما نحن فيه بخلافه (و لابد من الادام في خبز الشعير ليمكنه الاستيفاء الى الشبع) اورد هذا ايضا على سبيل التفريع، و الادام مايؤتدم به، و هو الذي يؤكل شبعاً لغيره، و انما شرط الادام في خبز الشعير دون خبز البر، لان الفقير لايستوفي من خبز الشعير حاجته الا اذا كان مادوماً كذلك في الذرة و الدخن بخلاف خبز البر، فانه يستوفي منه حاجته و ان لم يكن مادوما قال العضدي و كذلك لو غداهم او عشاهم بسويق تمر قالوا هذا في ديارهم اما في ديارنا فلابد من الخبز. (و في خبز الحنطة لايشترط الادام) لان ادامته فيها لاسيما اذا كان سخنا، و انما يتوقف اكله على الادام عند اهل الرفاهية دون المساكين (و ان اعطى مسكينا واحداً ستين يوما اجزاه) يعني اذا كانت اكلتان مشبعتان في كل يوم. و روى عن ابي يوسف في غير رواية الاصول انه لايجوز، كذا في شرح الطحاوي، و به قال الشافعي(٢) و احمد في الاظهر (و ان اعطاه في يوم واحد لم يجزئه الا عن يومه لان المقصود سد خلة المحتاج و الحاجة تتجدد في كل يوم، فالدفع اليه في اليوم الثاني كالدفع الى غيره)

---

(١) ان الاباحة الخ كذا في الكفاية ص١٠٩ ج٤ و فيه والضابط ان ما شرع بلفظ الاطعام و الطعام تجوز فيه الاباحة و ما شرع بلفظ الايتاء و الاداء يشترط فيه التمليك الخ. (٢) و به قال الشافعي الخ و في فتح =>

و هذا في الاباحة من غير خلاف. و اما التمليك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات فقد قيل لايجزئه، و قد قيل يجزئه، لان الحاجة الى التمليك تتجدد في يوم واحد، بخلاف ما اذا دفع بدفعة واحدة لان التفريق واجب بالنص، و ان قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام لم يستانف، لانه تعالى ما شرط في الاطعام ان يكون قبل المسيس، الا انه يمنع من المسيس قبله، لانه ربما يقدر على الاعتاق او الصوم فيقعان بعد المسيس. و المنع لمعنى في غيره لايعدم المشروعية في نفسه. و اذا اطعم عن ظهارين ستين مسكيناً لكل(١) مسكين صاعاً من بر لم يجزئه(٢) الا عن واحد منهما عند ابي حنيفة و ابي يوسف

بخلاف ما اذا اعطاه في يوم واحد، لان الواجب التفريق على ستين مسكيناً و لم يوجد ذلك لا حقيقة، لانه مسكين واحد و لا حكماً لعدم تجدد الحاجة، بخلاف المسالة الاولى، لان اطعامه في ستين يوماً كاطعام ستين مسكيناً لما قلنا (و هذا في الاباحة من غير خلاف) اي عدم الاجزاء فيما اذا اعطى كله مسكيناً واحداً في يوم واحد بطريق الاباحة بلاخلاف، يعني لاتجزئه الا بتجدد الايام لان الواحد لايستوفي ما يستوفي ستون مسكيناً في يوم واحد (و اما التمليك) يعني اذا اعطى الطعام كله مسكيناً واحداً في يوم واحد بطريق التمليك (من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات، فقد قيل لايجزئه) و هو الاصح، كذا في المحيط لان المعتبر سد الخلة (و قد قيل يجزئه، لان الحاجة الى التمليك تتجدد في يوم واحد، بخلاف ما اذا دفع بدفعة واحدة، لان التفريق واجب بالنص) فاذا جمع لايجزئه الا عن واحد كالحاج اذا رمى الحصيات السبع دفعة واحدة، كذا في المبسوط (و ان قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام لم يستانف لانه عزوجل ماشرط في الاطعام ان يكون قبل المسيس) و به قال الشافعي(٣) و احمد رحمهما الله تعالى و عند مالك رحمه الله تعالى يستانف، و اعتبر بالصوم (الا انه يمنع من المسيس قبله) اي قبل الاطعام (لانه ربما يقدر على الاعتاق او الصوم فيقعان بعد المسيس) فالمنع لا لمعنى المسيس بل لتوهم القدرة على الاعتاق فيكون لمعنى في غيره (و المنع لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية في نفسه) فلايقتضي الفساد كالبيع وقت النداء و الصلاة في الاوقات المكروهة. (و اذا اطعم عن ظهارين ستين مسكيناً كل مسكين صاعا لم يجزئه الا عن واحد منهما عند ابي حنيفة و ابي يوسف

=>القدير ص١٠٦ ج٤ و قال مالك والشافعي و هو الصحيح من مذهب احمد لايجزيه الخ. (١) لكل - ن - كل. (٢) لم يجزئه - ن - لم يجزه. (٣) قال الشافعي الخ كذا في المغني ص٦٠٦ ج٨ و تكملة شرح المهذب ص٣٨٤ ج١٧ و الاوجز ص٣٥٦ ج٤.

رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى يجزئه(١) عنهما، و ان اطعم ذلك عن افطار و ظهار اجزاه عنهما. له ان بالمؤدي وفاء بهما، و المصروف اليه محل لهما فيقع عنهما كما لو اختلف السبب او فرق في الدفع. و لهما ان النية في الجنس الواحد لغو. و في الجنسين معتبرة و اذا لغت النية و المؤدى يصلح كفارة واحدة، لان نصف الصاع ادنى المقادير فيمنع(٢) النقصان دون الزيادة،

رحمهما الله تعالى) هذه من مسائل الجامع الصغير، و صورتها فيه روى محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يكون عليه طعام مائة و عشرين مسكينا عن ظهارين، فاطعم ستين مسكيناً لكل مسكين صاعا من حنطة من ظهارين من امراة واحدة او امراتين لم يجزئه الا من احداهما في قول ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى (و قال محمد رحمه الله تعالى يجزئه عنهما) اي عن ظهارين (و ان اطعم ذلك عن افطار و ظهار اجزاه عنهما) اي عن الافطار و الظهار بالاتفاق (له) اي لمحمد (ان بالمودى) و هو قدر الصاع (وفاء بهما) اي بكفارتيهما لكل واحد من ستين مسكينا (و المصروف اليه محل لهما فيقع عنهما) اي عن الكفارتين (كما لو اختلف السبب) يعني اطعم ذلك عن افطار و ظهار (او فرق في الدفع) بان اعطى مسكينا نصف الصاع عن احدى الكفارتين، ثم اعطى النصف الآخر اياه عن الكفارة الاخرى جاز بالاتفاق (و لهما) اي لابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى (ان النية في الجنس الواحد لغو) لان النية للتمييز بين الاجناس المختلفة او لتمييز المشترك و لايوجد ذلك في الجنس الواحد (و في الجنسين معتبرة) الا ترى من كان عليه قضاء ايام من رمضان فنوى صوم القضاء جاز، و لايجب فيه نية التعيين، و في قضاء رمضان و صوم النذر يفتقر الى تعيين النية لاختلاف جنسهما فان قيل(٣) لو اعتق عبداً عن احد الظهارين بعينه صح نية التعيين و لم يجعل لغوا في جنس واحد، و لهذا حل وطء التي عينها. قلنا افاد الحل التي رفع حرمتها بعينها. فان قيل تعلق بنية الظهارين هنا غرض صحيح، و هو رفع الحرمة عنهما، فوجب أن يصح، قلنا اعتاق الرقبة يصلح كفارة عن احد الظهارين قدراً و محلاً، فصحت نيته فاما اطعام ستين مسكينا كل مسكين صاعا ان كان يصلح عن الظهارين قدراً لايصح محلا لهما، لان محل الظهارين مائة و عشرون مسكينا عند عدم التفريق، فاذا زاد في الوظيفة و نقص عن المحل وجب ان يعتبر قدر المحل احتياطا، كما لو اعطى ثلاثين مسكينا كل واحد صاعا (و اذا لغت النية، و المؤدى يصلح كفارة واحدة، لان نصف الصاع ادنى المقادير و ذلك) يعني ادنى المقادير (يمنع النقصان دون الزيادة) لان الشيء اذا وجب

---

(١) يجزئه - ن - يجزيه. (٢) فيمنع - ن - و ذالك يمنع. (٣) فان قيل لو اعتق راجع العناية ص١٠٩ ج٤.

فيقع عنها، كما اذا نوى اصل الكفارة، بخلاف ما اذا فرق في الدفع، لانه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر، و من وجبت عليه كفارتا ظهار فاعتق رقبتين لاينوى عن احداهما بعينها جاز عنهما، و كذا اذا صام اربعة اشهر او اطعم مائة و عشرين مسكيناً جاز، لان الجنس متحد، فلاحاجة الى نية معينة و ان اعتق عنهما رقبة واحدة او صام شهرين كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء، و ان اعتق عن ظهار و قتل لم يجز عن واحد منهما. و قال زفر رحمه الله تعالى لايجزئه(١) عن احدهما في الفصلين. و قال الشافعي رحمه الله تعالى له ان يجعل ذلك عن احدهما في الفصلين لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد. وجه قول زفر رحمه الله تعالى انه اعتق عن كل ظهار نصف العبد، و ليس له ان يجعل عن احدهما بعد ما اعتق عنهما لخروج الامر من يده. و لنا ان نية التعيين في الجنس المتحد غير مفيد، فتلغو،

مطلقاً، ثم ورد الشرع بالتقدير و ذلك التقدير لايمنع الزيادة، فاذا كان كذلك (فيقع عنها) أي عن الكفارة الواحدة (كما اذا نوى اصل الكفارة) فانه يقع عن احداهما بالاتفاق (بخلاف ما اذا فرق في الدفع، لانه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر) هذا جواب عن قول محمد او فرق في الدفع حاصله ان قياسه على هذا غير صحيح، و وجهه يظهر عن المتن (و من وجبت عليه كفارتا ظهار فاعتق رقبتين لاينوي عن احداهما بعينها جاز عنهما، و كذلك اذا صام اربعة اشهر او اطعم مائة و عشرين مسكينا جاز، لان الجنس متحد، فلاحاجة الى نية معينة) بكسر الياء المشددة (و ان اعتق عنهما رقبة واحدة او صام شهرين كان له ان يجعل عن ايهما شاء) هذا جواب الاستحسان، و القياس ان لايجوز و هو قول زفر لخروج الامر من يده (و ان اعتق عن ظهار و قتل لم يجز عن واحد منهما، و قال زفر رحمه الله تعالى لايجزئه عن احدهما في الفصلين و قال الشافعي رحمه الله تعالى له ان يجعل ذالك عن احدهما في الفصلين، لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد) فالنية في الجنس الواحد لاتفيد، و يبقى نية اصل الكفارة، و ذلك يكفي فله ان يجعل بعد ذلك عن ايهما شاء و قال ابوثور يقرع في الظهارين ايهما اصابتها القرعة حل وطؤها (وجه قول زفر رحمه الله تعالى انه اعتق عن كل ظهار نصف العبد، و ليس له ان يجعل عن احدهما بعدما اعتق عنهما، لخروج الامر من يده) بعد ما اعتق، فصار كما اذا اعتق عن ظهار و قتل (و لنا ان نية التعيين في الجنس المتحد غير مفيد فتلغو) اي نيته، هذا

---

(١) لايجزئه – ن – لايجزيه.

و في الجنس المختلف مفيد، و اختلاف الجنس في الحكم، و هو الكفارة هاهنا باختلاف السبب نظير الاول اذا صام يوماً في قضاء رمضان عن يومين يجزئه عن قضاء يوم واحد، و نظير الثاني اذا كان عليه صوم القضاء و النذر فانه لابد فيه من التمييز،

جواب عما يقال لانسلم اختلاف الجنس، فان الحكم و هو الكفارة هاهنا بالاعتاق في القتل و الظهار واحد، فاجاب بقوله و اختلاف الجنس (و في الجنس المختلف مفيد) للتمييز (و اختلاف الجنس في الحكم و هو الكفارة ههنا باختلاف السبب) فان القتل(١) يخالف الظهار لامحالة، و اختلاف السبب يدل على اختلاف الحكم، لان الحكم ملزوم السبب، و اختلاف اللوازم يدل على اختلاف الملزومات، و لما اختلف الجنس صحت النية، فكان اعتاق رقبة واحدة عن كفارتين مختلفتين، فيكون لكل منهما نصف الرقبة، فلايجوز، ثم نظر المصنف لكل واحد من الجنس المتحد و المختلف بما ذكره في الفوائد الظهيرية فقال (نظير الاول) يعني الجنس المتحد (اذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين يجزئه عن قضاء يوم واحد) بناء على لغوية التوزيع و بقاء اصل النية، اذ الجنس متحد (و نظير الثاني) يعني الجنس المختلف (اذا كان عليه صوم القضاء و النذر، فانه لابد فيه من التمييز) فان نوى من الليل ان يصوم غداً عنهما كانت النية غير معتبرة، فلايصير صائما اصلا اذ الجنس مختلف. فان قيل(٢) اذا نوى ظهرين في يومين فانه لايجوز عن واحد و ان اتحد الجنس. قلنا لانسلم اتحاد الجنس، لانه يختلف باختلاف الخطاب و السبب، فان لكل منهما سببا و خطابا عليحدة، فاما الخطاب فظاهر، و اما السبب فان دلوك الشمس في اليوم الثاني غير اليوم الاول، بخلاف قضاء رمضان، لان الخطاب بزمان يجمعها، و هو الشهر، و لا يحتاج الى تعيين يوم السبت و الاحد، حتى اذا كان في قضاء من رمضانين شرط التعيين، ذكره قاضي خان. فروع. في المنتقى عن ابي يوسف رحمه الله تعالى لو تصدق بدرهم عن يمين و ظهار فله ان يجعله عن احدهما استحسانا. و في جوامع الفقه(٣) ظاهر عن اربع فاعتق عبداً عنهن، ثم مرض فاطعم ستين مسكيناً عنهن جاز استحسانا لاتحاد الجنس و نقصان الهلال لايمنع، و في الخزانة(٤) صام تسعة و عشرين يوما بالهلال و صام قبله خمسة عشر يوما جاز، و قيل

---

(١) فان القتل الخ كذا في العناية ص١١٠ ج٤. (٢) فان قيل اذا نوى الخ كذا في العناية و الكفاية. (٣) و في جوامع الفقه الخ و المظنون ان ههنا سقطة و في الفتاوى الهندية ص٥١١ ج١ اذا ظاهر من اربع نسوة له فاعتق رقبة ليس له غيرها ثم صام اربعة اشهر متتابعة ثم مرض فاطعم ستين مسكينا و لم ينو فى ذالك واحدة بعينها اجزاه عنهن استحسانا. (٤) و في الخزانة الخ راجع المغنى ص٦١٣ ج٨ و تكملة شرح المهذب ص٣٧٢ =>

و اللّه اعلم.

لايجوز و يجب اتمامه بالعدد. و في الاشراف يجزئه بالاهلة ثمانية و خمسون يوما، و به قال الثوري و مالك و اهل الحجاز و الشافعي و ابوثور و ابوعبيد و قال الزهري يصوم ستين يوم. و قال ابن المنذر اجمع اهل العلم على ان صومه ستين يوما ان صام بغير الاهلة. و في المنهاج يجوز اعتاق عبديه عن كفارتيه في كل واحد نصف و نصف و عندنا لايجوز، و اعتاق العبد الحربي في دار الحرب عن الكفارة و العبد المستامن يجوز، خلافا للائمة الثلاثة رحمهم اللّه تعالى و لايجوز صرف الكفارة الى فقير من اهل الحرب، و ان كان مستامنا و يجوز الى فقير اهل الذمة، خلافا لابي يوسف و الائمة الثلاثة رحمهم اللّه تعالى و فقير المسلمين احب عندنا. و لو قال لآخر اعتق عبدك عن كفارتي فاعتقه عن كفارته اجزاه و عندنا اذا لم يشترط عن عوض لايقع عن الآمر، و عن احمد روايتان.

=> ج١٧ و في المغنى ص٦١٤ ج٨ ان صام شهرا بالهلال و شهرا بالعدد فصام خمسة عشر يوما من المحرم و صفر جميعه و خمسة عشر يوما من ربيع فانه يجزئه سواء كان صفر تاما او ناقصا الخ.

باب اللعان

قال اذا قذف الرجل امراته بالزنا و هما من اهل الشهادة

(باب اللعان)

اي هذا باب في بيان احكام اللعان و هو مصدر(١) من لاعن يلاعن ملاعنة و لعانا، و اصله من اللعن، و هو الابعاد و الطرد في اللغة، يقال التعن اي لعن نفسه و لاعن اذا لعن غيره، و رجل لعنة(٢) بفتح العين اذا كان كثير اللعن لغيره و لعنة بسكونها اذا لعنه الناس كثيراً، و معناه شرعا(٣) عبارة عما يجري بين الزوجين من الشهادات الاربع، و اللعن و الغضب، و سمي الكل لعانا لما فيه من ذكر اللعن كالصلاة تسمى ركوعاً لما فيها من الركوع و كالتحيات تسمى تشهداً لما فيها من التشهد و ركنه الشهادة المؤكدة باليمين، و سببه قذف الرجل زوجته قذفا يوجب الحد في الاجانب، و شرطه قيام النكاح. و حكمه حرمة الوطء بعد التلاعن. و اهله من كان اهلا للشهادة عندنا، حتى لايجرى بين مملوكين او احدهما صبي او مملوك (قال) اي القدوري رحمه الله تعالى (اذا قذف الرجل امراته بالزنا) سواء في ذلك قوله رأيتك تزنين، و قوله انت زانية و يازانية عند الجمهور، و به قال الشافعي و احمد و مالك في رواية. و في المشهور عنه لايجب بقوله يازانية او انت زانية بل يجب فيه الحد، و به قال الليث و عثمان البتي و يحى بن سعيد (و هما من اهل الشهادة) يعني من اهل ادائها، و لهذا لايجرى بين مملوكين. فان قلت(٤) يجري بين الاعميين و الفاسقين، مع ان الشهادة ليست لهؤلاء. قلت الاعميان من اهل الشهادة، و عدم قبول

---

(١) و هو مصدر من لاعن الخ راجع عمدة القاري باب اللعان ص٢٨٩ ج١٠ و فتح القدير ص١١١ ج٤ و فتح الباري باب اللعان ص٥٤٩ ج٩ و الاوجز ص٣٧٦ ج٤ ماجاء في اللعان. (٢) لعنة بضم اللام و فتح العين الكثير اللعن للناس و بضم اللام و سكون العين الذي لايزال يلعن لشرارته فالاول فاعل و الثاني مفعول لسان العرب.

(٣) و معناه شرعا الخ وفي العمدة و معناه الشرعي شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن و قال الشافعي رحمه الله تعالى هي ايمان مؤكدات بلفظ الشهادة فيشترط اهلية اليمين عنده فيجري بين المسلم و امراته الكافرة و بين الكافر و الكافرة و بين العبد و امراته و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى و عندنا يشترط اهلية الشهادة فلايجري الا بين المسلمين الحرين العاقلين البالغين غير محدودين في قذف الخ. (٤) فان قلت الخ كذا في الشروح الثلاثة و لفظ الكفاية فان قيل يشكل على هذا جريان اللعان بين الزوجين الاعميين او الفاسقين قلنا هما من اهل الشهادة و لهذا لو قضى القاضي بشهادة هؤلاء جاز و لفظ فتح القدير و اورد انه يجري بين الاعميين و الفاسقين مع انه لا اداء لهما و دفع بانهما من اهله الا انه لايقبل للفسق و لعدم تمييز الاعمى بين المشهود له و عليه و هنا هو يقدر على ان يفصل بين نفسه و امراته فيكون اهلا لهذه الشهادة دون غيرها انتهى.

و المراة ممن يحد قاذفها او نفى نسب ولدها و طالبته بموجب القذف فعليه اللعان، و الاصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن و الغضب قائمة مقام حد القذف في حقه و مقام حد الزنا في حقها لقوله تعالى و لم يكن لهم شهداء الا انفسهم(١)

شهادتهما لعدم التمييز بين المشهود له، و عليه و لو قضى القاضي بشهادة الفاسقين جاز. و قال في النهاية و لو قضى القاضي بشهادة هولاء جاز (و المراة ممن يحد قاذفها) حتى لو كانت ممن لايحد قاذفها بان تزوجت بنكاح فاسد و دخل بها او كان لها ولد و ليس له اب معروف لايجري اللعان، او زنت في عمرها و لو مرة، او وطئت وطئا حراماً و لو مرة، ذكره الاسبيجابي (او نفى نسب ولدها) بان قال هذا الولد من الزنا، او قال ليس مني قبل الاقرار بالولد. و قبل مضي التهنئة التي هي قائمة مقام الاقرار، بخلاف ما اذا نفى الحبل، حيث لا لعان و لاحد عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى على ما يجئ (و طالبته بموجب القذف) اي طالبت المراة زوجها بموجب القذف (فعليه اللعان) اي فعلى الزوج اللعان، اي يلاعنها، و انما شرطت مطالبتها، لانه حقها، لانه لبراءة عرضها حيث قذفها بالفجور، فاشترطت مطالبتها كسائر حقوقها، حتى لو كانت كفت عن مرافعته، فهي امراته (و الاصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان) انما قال عندنا، لان عند الشافعي رحمه الله تعالى ايمان مؤكدات بلفظ الشهادة، حتى ان عندنا اهل اللعان من كان اهلاً للشهادة، و عنده من كان اهلا لليمين، فلايجرى اللعان الا بين زوجين مسلمين حرين عاقلين بالغين غير محدودين في القذف عندنا و عنده يجري بين المسلم و امراته الكتابية، و بين الكافر و امراته و بين العبد و امراته، و بقول الشافعي(٢) قال مالك و احمد و عن مالك و احمد رحمهما الله تعالى رواية كقولنا (مقرونة باللعن و الغضب) صفة لما قبله، و هذا المجموع هو اللعان، و هو ركن اللعان (قائمة) اي اللعان قائمة، انما انثه باعتبار الملاعنة او باعتبار انه شهادات... الى آخره (مقام حد القذف في حقه) اي في حق الزوج، و لهذا يشترط كونها ممن يحد قاذفها و لاتقبل شهادته بعد اللعان ابداً (و مقام حد الزنا في حقها) اي في حق الزوجة، وَ لهذا لو قذفها مراراً يكفي لعان واحد كالحد (لقوله عزوجل و لم يكن لهم شهداء الا انفسهم) وجه(٣) الاستدلال انَ الله تعالى قال و الذين يرمون ازواجهم و لم يكن لهم شهداء الا انفسهم و

---

(١) الا انفسهم - النور - ٦. (٢) و بقول الشافعي الخ راجع المغني ص٥ ج٩ و فتح الباري باب احلاف الملاعن ص٥٥٥ ج٩ و عمدة القاري ص٢٩٠ ج٢٠ و الاوجز ص٣٧٦ ج٤ و اعلاء السنن ابواب اللعان ص٢٣٩ ج١١ و نصب الراية باب اللعان ص٢٤٨ ج٣. (٣) وجه الاستدلال الخ كذا في العناية و الفتح.

و الاستثناء انما يكون من الجنس. و قال الله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله، نص على الشهادة و اليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن من جانبه باللعن لو كان كاذبا، و هو قائم مقام حد القذف، و في جانبها بالغضب

استثنى الازواج من الشهداء (و الاستثناء انما يكون من الجنس) هذا هو الاصل، و لا شهداء الا بالشهادة، و لا شهادة فيما نحن فيه الا كلمات اللعان، فدل انها شهادات اكدت بالايمان نفياً للتهمة (و قال الله تعالى فشهادة احدهم اربع شهدات بالله، نص على الشهادة و اليمين، فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين) لان الحاجة هاهنا الى ايجاب الحكم في الطرفين، و الذي صلح لايجاب الحكم الشهادة دون اليمين، الا انها مؤكدة باليمين، لان يشهد لنفسه التاكيد باليمين لايخرجه من ان يكون شهادة. فقلنا الركن الشهادة المؤكدة باليمين عملاً بحقيقة(١) لفظ القرآن و السنة على ما ياتى. و قول الماوردي في الحاوي و تاويل ابى حنيفة خطأ، لان شهادة المرء على نفسه غير مقبولة فاسد، لان من قال بحقيقة لفظ الشهادة المذكورة في القرآن و الحديث لم يكن قوله تاويلاً، بل التاويل قول من ترك حقيقة اللفظ بالاشهاد الفاسد و عطل القرآن بالحديث. و أما شهادته لنفسه فقير مقبولة لمكان التهمة لا لانه لايصلح للشهادة، الا ترى الى قوله عزوجل شهد الله(٢) الآية و كان من اصدق الشهادات لانتفاء التهمة و التهمة فيما نحن فيه منتفية باليمين، مع انها باذن الله تعالى او شرع رسوله عليه الصلوة و السلام، و اما تكرار الشهادة لقيامها مقام اربع شهادات، فان الواجب عليه اقامة اربع شهادات من شهود اربعة، و قد عجز عن اقامة شهود اربعة، و لم يعجز عن اقامة اربع شهادات فيما عجز عنه (ثم قرن الركن) هو الشهادة (في جانبه) اي في جانب الزوج (باللعن لو كان كاذبا) تاكيداً (و هو قائم مقام حد القذف) و لهذا لايثبت بالشهادة على الشهادة، و لا بشهادة النساء و كتاب القاضي الى القاضي (و في جانبها) اي و في جانب الزوجة (بالغضب) اي قرن الشهادة بالغضب، و انما خص(٣) الغضب في جانبها في المرة الخامسة لانهن يستعملن االلعن كثيراً في البيوت على ما جاء في الحديث انهن يكثرن اللعن، و يكفرن العشير(٤) و سقطت حرمة اللعن عن اعينهن فيجترئن

---

(١) بحقيقة لفظ القرآن الخ راجع فتح القدير ص١١٣ ج٤ و البدائع ص٢٤٢ ج٣ و الاوجز ص٣٨٥ ج٤. (٢) شهد الله الآية آل عمران ١٨. (٣) و انما خص الغضب الخ كذا في العناية ص١١٣ ج٤ و الكفاية ص١١٤ ج٤.
(٤) يكفرن العشير البخاري عن ابي سعيد الخدري رضي الله عنه مرفوعا كتاب الحيض ص٤٤ ج١ و لفظه تكثرن اللعن و تكفرن العشير و باب الزكاة على الاقارب ص١٩٧ ج١ و مسلم عن عبدالله بن عمر رضي الله تعالى مرفوعا كتاب الايمان باب بيان نقصان الايمان بنقص الطاعات الخ ص٦٠ ج١ و ابن ماجة باب فتنة =>

و هو قائم مقام حد الزنا اذا ثبت هذا نقول لابد ان يكونا من اهل الشهادة، لان الركن فيه الشهادة و لابد ان تكون هي ممن يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف، فلابد من احصانها، و يجب بنفي الولد، لانه لما نفى ولدها صار قاذفاً لها ظاهراً،

على الاقدام عليه لكثرة جريه، فاقيم الغضب مقامه في حقهن ليكون ردعا لهن عن الاقدام، و انما افردت الخامسة بالغضب لانها ليست من جنس الشهادة لعدم ذكر الشهادة فيها (و هو قائم مقام حد الزنا) و لهذا لو قذفها مراراً يكفى لعان واحد كالحد فان قيل(١) ما معنى اقامة الشهادة مقام الحد في الطرفين، و ما المناسبة بين الحد و الشهادة. اجيب بان الحد زاجر، و الاستشهاد بالله تعالى كاذبا مقروناً باللعن على نفسه سبب الهلاك، و في ذلك زجر عن الاقدام على سببه فان قيل(٢) لو كان اللعان قائما في حقه مقام حد القذف يجرى كجريانه في الاتحاد و التعدد، و ليس كذلك، فان من قذف اربع نسوة له في كلمة واحدة او في كلام متفرق فعليه ان يلاعن عن كل واحدة منهن على حدة، و ان قذف اجنبيات فانه يقام عليه حد القذف لهن مرة واحدة. اجيب بان اللعان قائم في حقه مقام حد القذف بقذف امراته لامطلقا، لانه صار بدلاً عما كان يلزمه في الابتداء بقذفها، فلايرد عليه الاجنبيات، على ان ذلك الاختلاف لاختلاف المقصود، فان المقصود هنا دفع عار الزنا عنهن، و ذلك يحصل باقامة حد واحد، و هاهنا لايحصل المقصود بلعان واحد لتعذر الجمع بينهن بكلمات اللعان، فقد يكون صادقاً في حق بعض دون بعض، و المقصود التفريق بينه و بينهن، و لايحصل ذلك بلعان بعضهن، فيلاعن كلاً منهن على حدة، حتى لو كان محدوداً في قذف كان عليه لهن حد واحد، لان موجب قذفهن الحد حينئذ، و المقصود يحصل بحد واحد كما في الاجنبيات (اذا ثبت هذا) يعني اذا ثبت ان الاصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان (نقول لابد ان يكونا من اهل الشهادة، لان الركن فيه) اي في اللعان (الشهادة، و لابد ان تكون هي) اي المراة (ممن يحد قاذفها) حتى لو كان من اهل الشهادة و المراة ممن لايحد قاذفها، بان كان معها ولد لا اب له معروف لايجب اللعان (لانه) اي لان اللعان (قائم في حقه مقام حد القذف، فلابد من احصانها) اي احصان المراة (و يجب بنفي الولد) اي يجب اللعان اذا نفى ولده بان قال هذا الولد من الزنا، و قد مضى الكلام فيه عن قريب (لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها ظاهرا) كما اذا نفى اجنبي نسب ولد عن ابيه المعروف، فانه يكون

=> النساء ص٢٩٨. (١) فان قيل ما معنى الخ كذا في العناية ص١١٣ ج٤. (٢) فان قيل لو كان الخ كذا في العناية ص١١٣ ج٤ و الكفاية ص١١٤ ج٤ و المبسوط للسرخسي ص٤٩ ج٧.

و لايعتبر احتمال ان يكون الولد من غيره بالوطئ من شبهة، كما اذا نفى اجنبي نسبه عن ابيه المعروف، و هذا لان الاصل في النسب الفراش الصحيح و الفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به و يشترط طلبها لانه حقها فلابد من طلبها كسائر الحقوق، فان امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه، لانه حق مستحق عليه، و هو قادر على ايفائه،

قذفاً للمراة فكذلك هذا (و لايعتبر احتمال ان يكون الولد من غيره بالوطء من شبهة، كما اذا نفى اجنبي نسبه) اي نسب الولد (عن ابيه المعروف) فانه التباس قذف صريح (و هذا) اشارة الى قوله و لايعتبر احتمال ان يكون الولد من غيره (لان الاصل في النسب هو الصحيح) اى الفراش الصحيح (و الفاسد ملحق به، فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به) و في المبسوط الولد من الوطء بشبهة ثابتة بالنسب عن النسيان، و الذي لايكون ثابت النسب عن احد يكون من الزنا، و لانسب لهذا الولد الا منه، فاذا نفاه فقد زعم ان لانسب له، فيكون قاذفاً بالزنا و قال الشافعي رحمه الله تعالى لايصير قاذفاً بالنفي ما لم يقل انه من الزنا، لجواز ان يكون من الوطء بشبهة، كما قال لاجنبية ليس هذا الولد من زوجك، و القياس(١) ما قاله، الا انا تركناه بالضرورة، لان الزوج قد يعلم ان الولد ليس منه بان لم يطأها او عزلها عزلاً بيناً، فاكتفى بنفي الولد، حتى ينتفي منه نسب الولد، و هذه الصورة معدومة في حق الاجنبي، قيل ذكر(٢) في جوامع الفقه وغيره لو قال وجدت معها رجلا يجامعها ليس بقذف لها، لانه يحتمل الحل و الجماع بشبهة، و النكاح الفاسد، فكان ينبغي ان يكون كذلك هنا، لانه لم يصرح بالزنا، اجيب عنه جعلناه كالصريح بالزنا بالضرورة كما بينا. (و يشترط طلبها) اي طلب المراة بموجب القذف (لانه حقها، فلابد من طلبها كسائر الحقوق) لانه باللعان يندفع عنه عار الزنا، و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى (فان امتنع منه) اي من اللعان (حبسه الحاكم حتى يلاعن) و هذا عندنا. و قال الشافعي و مالك و احمد يقام عليه حد القذف بناء على ان موجب القذف عندهم الحد، و عندنا اللعان (او يكذب نفسه) فيحد (لانه حق مستحق عليه) اي على الزوج (و هو قادر على ايفائه) قال الاكمل(٣) قيل هذا احتراز عن المديون المفلس، فان الدين مستحق، و لكنه غير قادر على ايفائه فلايحبس. قلت القائل بهذا الكاكي، فانه هكذا شرح هذا الموضع

---

(١) و القياس الخ كذا في الفتح و العناية. (٢) ذكر في جوامع الفقه الخ كذا في فتح القدير ص١١٥ ج٤. (٣) الاكمل في العناية ص١١٥ ج٤.

فيحبس به حتى ياتي بما هو عليه او يكذب نفسه ليرتفع السبب و لو لاعن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص، الا انه يبتدئ بالزوج لانه هو المدعي فان امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن او تصدقه، لانه حق مستحق عليها، و هي قادرة على ايفائه فتحبس فيه، و اذا كان الزوج عبداً او كافراً او محدوداً في قذف فقذف امراته فعليه الحد لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته، فيصار الى الموجب الاصلي، و هو الثابت بقوله تعالى و الذين يرمون المحصنات.. الآية، و اللعان خلف عنه، و ان كان من اهل الشهادة و هي امة او كافرة او محدودة في قذف، او كانت ممن لايحد قاذفها بان كانت صبية او مجنونة او

(فيحبس به حتى ياتي بما عليه او يكذب نفسه) فاذا كذب نفسه فحينئذ يجب عليه حد القذف (ليرتفع السبب) اي سبب اللعان، اي علته و هو التكاذب، لان اللعان انما يجب اذا كذب كل واحد منهما الآخر فيما يدعيه، حتى لو كذب نفسه لايجب اللعان، و في بعض النسخ ليرتفع الشين، اي العار بالتكاذب، و هو بفتح الشين المعجمة و سكون الياء آخر الحروف و بالنون (و لو لاعن) اي الزوج (وجب عليها اللعان لما تلونا من النص) و هو قوله عزوجل فشهادة احدهم اربع شهادات بالله(١) (الا انه يبتدئ بالزوج، لانه هو المدعي) بناء على ان اللعان شهادات، و المطالب بها هو المدعي و الاستثناء بمعنى لكن، كانه استشعر ان يقال المتلو من النص لايدل على المبدوء به، فقال الا انه يبدأ به (فان امتنعت حبسها الحاكم، حتى تلاعن او تصدقه) اي تصدق الزوج (لانه حق مستحق عليها، و هي قادرة على ايفائه فتحبس فيه) و قال الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى لاتحبس بل ترجم للزنا بعد الدخول بها، و لاحمد رحمه الله تعالى في حبسها روايتان. (و اذا كان الزوج عبداً او كافراً او محدوداً في قذف فقذف امراته فعليه الحد) صورة ما اذا كان الزوج كافراً و المراة مسلمة بان كان الزوجان كافرين فاسلمت المراة فقذفها الزوج قبل عرض الاسلام عليه (لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته) و هو كونه ليس من اهل الشهادة (فيصار الى الموجب الاصلي) و هو حد القذف (و هو الثابت بقوله تعالى و الذين يرمون المحصنات(٢) الآية و اللعان خلف عنه) فانه كان هو المشروع اولا، ثم صار اللعان خلفا عنه في الزوج عند وجود الشرائط فاذا عدمت صير الى الاصل (و ان كان هو من اهل الشهادة و هي امة) اي و الحال ان المراة امته (او كافرة او محدودة في قذف او كانت ممن لايحد قاذفها بان كان صبية او مجنونة او

---

(١) بالله الآية النور – ٦. (٢) المحصنات الآية – النور – ٤.

زانية فلاحد عليه و لا لعان لانعدام اهلية الشهادة و عدم الاحصان في جانبها و امتناع اللعان لمعنى من جهتها فيسقط الحد كما اذا صدقته و الاصل في ذلك قوله عليه الصلوة و السلام اربعة لا لعان بينهم و بين ازواجهم اليهودية و النصرانية تحت المسلم و المملوكة تحت الحر و الحرة تحت المملوك

زانية) اي و كان ظهور زناها بين الناس كذلك، او تزوجها بنكاح فاسد او ولدها من غير اب معروف (فلاحد عليه و لا لعان) هذا من مسائل القدوري رحمه الله تعالى الا قوله - بان كان صبية او مجنونة او زانية - فانه تفسير من المصنف (لانعدام اهلية الشهادة و عدم الاحصان في جانبها) اي في جانب المراة (و امتناع اللعان لمعنى من جهتها) اي لاجل امتناع وجوب اللعان لعلة في جهة المراة و هو ظاهر، فاذا كان كذلك (فيسقط الحد كما اذا صدقته) اي المراة، اي كما يسقط الحد اذا صدقت المراة زوجها، لان سقوط اللعان يكون من جهتها، و بقولنا قال الشعبي و الزهري و حماد و مكحول و عطاء و احمد رحمهم الله تعالى في رواية، و في ظاهر مذهبه من كان اهلاً لليمين فهو اهل للعان، كما قال الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى. (و الاصل في ذلك) اي في الذي ذكر من البيان (قوله عليه الصلوة و السلام) اي قول النبي صلى الله عليه وسلم (اربعة لا لعان بينهم و بين ازواجهم اليهودية و النصرانية تحت المسلم و المملوكة تحت الحر، و الحرة تحت المملوك) و المحدود في قذف مع امراته اقول و نذكر اولا ما ذكره الشراح هنا، حتي يعرف القصر و التقليد في امثاله. فقال الاترازي هذا الحديث لم نجد له اصلا في كتب الحديث كالموطا و صحيح البخاري و سنن ابي داود و الجامع الترمذي و غيرذلك، الا إن ابا بكر الرازي ذكره في شرحه لمختصر الطحاوي باسناده عن عبدالباقي عن نافع عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اربع ليس بينهن ملاعنة اليهودية و النصرانية تحت المسلم و المملوكة تحت الحر، و الحرة تحت المملوك، انتهى. قال الاكمل(١) قيل هذا الحديث لم يوجد له اصل في كتب الحديث و لكن ابوبكر الرازي ذكره في شرحه لمختصر الطحاوي باسناده عن عبدالباقي الى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قيل كفى بابي بكر الرازي لعدالته و ضبطه و فقهه مقتدى انتهى. و قال الكاكي بعد ان ذكر الحديث رواه الشيخ ابوبكر الرازي و الدارقطني و فيه و ليس بين المملوكين و لا الكافرين لعان، ذكره ابو عمر بن عبدالبر ايضاً و ضعفه، و رواه الدارقطني من طرق ثلاث و ضعفه، و الضعيف اذا روى من طرق يحتج به على ما عرف، انتهى فنقول قال الاترازي هذا الحديث لم نجد له اصلاً.. الى آخر

---

(١) الاكمل في العناية ص١١٧ ج٤.

غير صحيح، لان ابن ماجة و الدارقطني و عبدالباقي بن قانع ذكره فعرفت انه من المقلدين المقصرين. و قول الاكمل قيل في الموضعين يدل على انه من المقلدين المقصرين. و اما قول الكاكي فقريب من التوجيه، و لكنه لم يحرره كما ينبغي قال الشيخ جمال الدين الزيلعي في تخريج(١) احاديث الهداية بعد ان ذكر الحديث المذكور، اخرجه ابن ماجة(٢) في سننه عن ابن عطاء عن ابيه عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اربعة من النساء لا ملاعنة بينهن النصرانية تحت المسلم، و اليهودية تحت المسلم، و المملوكة تحت الحر، و الحرة تحت المملوك هذا لفظ ابن ماجة و اخرجه الدارقطني(٣) في سننه عن عثمان بن عبدالرحمن الوقاصي عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبدالله بن عمرو رضي الله تعالى عنه موقوفاً اربعة ليس بينهم لعان ليس بين الحر و الامة لعان، و ليس بين الحرة و العبد لعان، و ليس بين المسلم و اليهودية لعان، و ليس بين المسلم و النصرانية لعان. و قال الدارقطني(٤) الوقاصي متروك الحديث، ثم اخرج عن عثمان بن عطاء الخراساني عن ابيه عن عمرو بن شعيب به. قال و عثمان بن عطاء الخراساني ضعيف الحديث جداً، و تابعه يزيد بن زريع عن عطاء و هو

(١) في تخريج احاديث الهداية اي نصب الراية ص٢٤٨ ج٣ و راجع فتح القدير ص١١٦ ج٤ و اعلاء السنن ص٢٣٩ ج١١. (٢) ابن ماجة باب اللعان ص١٥١. (٣) الدارقطني مع التعليق المغني كتاب الحدود ص١٦٣ ج٣ و البيهقي في سننه باب من يلاعن من الازواج الخ ص٣٩٦ ج٧ و في نصب الراية ص٢٤٨ ج٣ قال البيهقي في المعرفة هذا حديث رواه عثمان بن عطاء و يزيد بن زريع عن عطاء الخراساني عن عمرو بن شعيب الحديث قال و عطاء الخراساني معروف بكثرة الغلط الخ و في هامش نصب الراية ص٢٤٨ ج٣ و في الجوهر النقي على البيهقي ص٣٩٧ ج٧ بعد نقل كلام البيقهي قلت عطاء وثقه ابن معين و ابوحاتم وغيرهما و احتج به مسلم في صحيحه و ابنه عثمان ذكره ابن ابي حاتم في كتابه و قال سألت عنه ابي فقال يكتب حديثه ثم ذكر عن ابيه قال سالت دحيما عنه فقال لاباس فقلت ان اصحابنا يضعفونه فقال و اي شيء حدث عثمان من الحديث و استحسن حديثه؟ و قد تبين بما قلنا ان سند هذا الحديث جيد فلانسلم قول البيهقي انتهى و قد اطال الكلام صاحب الاعلاء في تضعيف الحديث المذكور و توثيقه بحوالة تهذيب التهذيب و الجوهر النقي فارجع اليه ان شئت و حاصل كلامه ان سنده محتج به و قد مر ابن الهمام في فتح القدير ص١١٧ ج٤ على الحديث المذكور و بحث عن طرقه ثم قال و انت علمت ان الضعيف اذا تعددت طرقه كان حجة و هذا كذلك خضوصا و قد اعتضد برواية الامامين (الاوزاعي و ابن جريج) اياه موقوفا على جد عمرو بن شعيب على ان معني الحديث المذكور مما يدل عليه آية اللعان على التقرير الذي ذكرناه من انه شهادات الخ انتهى. (٤) قال الدارقطني الخ كذا في نصب الراية ص٢٤٨ ج٣.

و لو كانا محدودين في قذف فعليه الحد(١)

ضعيف ايضاً. و روى عن الاوزاعي و ابن جريج و هما امامان عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده انتهى. قلت(٢) عطاء هذا وثقه ابن معين و ابوحاتم وغيرهما، و احتج به مسلم في صحيحه و ابنه عثمان، ذكره ابن ابي حاتم في كتابه و قال سالت عنه ابي فقال يكتب حديثه ثم ذكر عن ابيه سالت دحيما عنه فقال لاباس به، فقلت ان اصحابنا يضعفونه، فقال و اي شيء حدث عثمان من الحديث، و استحسن حديثه؟ و عثمان بن عبدالرحمن بن عمر بن سعد بن ابي وقاص ابو عمرو الوقاصي المالكي قال ابن الجوزي انما قيل(٣) له المالكي لان سعداً هو ابن مالك. قلنا هو ابووقاص، فلذلك نسب اليه و كان هو ضعيفاً، فقد اخرج الحديث ايضاً عن عمرو بن شعيب غيره. و روى الذهبي في المتن الاحاديث منها مارواه عن سهل بن ابي صالح عن ابيه عن ابي هريرة مرفوعاً الكذب يقصر الرزق، و الدعاء يرد القضاء نافذ و الله في خلقه قضاء يحدث. و قال البيهقي(٤) قال الشافعي قالوا روى عن عمرو بن شعيب عن عبدالله بن عمرو عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اربع لا لعان بينهن... الحديث. قلنا لهم رويتم هذا عن رجل مجهول و رجل غلط، و عمرو بن شعيب عن عبدالله بن عمرو منقطع. قلت(٥) لم يسم الشافعي المجهول و لا الذي غلط و لا بينهما البيهقي. و قد روى هذا الحديث عبدالباقي بن قانع و عيسى بن ابان من حديث حماد بن خالد الخياط عن معاوية بن صالح عن صدقة بن ابي توبة عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم، و حماد و معاوية من رجال مسلم، و صدقة ذكره ابن حبان في ثقات التابعين، و قال و روى عنه معاوية بن صالح و ذكره ابن ابي حاتم في كتابه، و قال روى عنه ابوالوليد و عبيدالله بن موسى، و هذا يخرجه عن جهالة العين و الحال. و قول الشافعي رجل غلط قال الشيخ علاء الدين في الجوهر النقي اظنه اراد به عمرو بن شعيب و هو ثقة، و قد عمل العلماء بحديثه و عمل به الشافعي في مواضع و البيهقي قد خالف الشافعي في قوله ان الحديث منقطع و اثبت اتصاله و اعتذر عن الشافعي و قد تبين بما قلنا ان اسناد هذا الحديث جيد، فلانسلم قول البيهقي، و لم تصح اسانيد هذا الحديث الى عمرو (و لو كانا) اي الزوجان (محدودين في قذف فعليه الحد لان امتناع اللعان لمعنى من جهته، اذ هو ليس من اهله)

(١) فعليه الحد و صفة اللعان الخ و في بعض نسخ الهداية فعليه الحد لان امتناع اللعان لمعنى من جهته اذ هو ليس من اهله وصفة اللعان الخ. (٢) قلت عطاء الخ كذا في الجوهر النقي على البيهقي لابن التركماني كما سبق الآن في الحاشية. (٣) انما قيل له المالكي الخ و في تهذيب االتهذيب ص١٣٣ج٧ و يقال له المالكي نسبة الى جده ابي وقاص مالك الخ. (٤) و قال البيهقي قال الشافعي الخ كذا في سنن البيهقي ص٣٩٥ج٧. (٥) قلت الخ =>

قال و صفة اللعان ان يبتدئ القاضي بالزوج فيشهد اربع مرات. يقول في كل مرة اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا، و يقول في الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا، يشير اليها في جميع ذلك، ثم تشهد المراة اربع مرات تقول في كل مرة اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا، و تقول في الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا، و الاصل فيه ما تلوناه

هذه من مسائل الاصل ذكرها، المصنف على سبيل التفريع، فان قلت(١) هلا اعتبر جانبها و هي ايضاً محدودة في القذف درأ للحد. قلت المانع من الشيء انما يعتبر مانعاً اذا وجد المقتضي لانه عبارة عما ينتفي به الحكم مع قيام مقتضيه و هنا المانع هو الرجل لكونه الاصل فيه، و انما يعتبر اهلية المراة فيه اذا وجدت اهلية الرجل فاذا لم توجد اهلية الرجل لايعتبر بحالها في اللعان كالعبد يقذف امراته المحدودة االعفيفة الحرة البالغة، حيث يجب عليه الحد (قال و صفة اللعان) اي قال القدوري رحمه الله تعالى و صفة اللعان (ان يبتدئ القاضيٌ بالزوج) اي يقيم القاضي الزوج بين يديه و يامره (فيشهد اربع مرات) من الاشهاد بنصب االدال عطفا على قوله ان يتبدئ. و اعلم انها اذا خاصمت الى القاضي فينبغي ان يقول لها اتركي و انصرفي، و لو تركت و انصرفت ثم خاصمت بعد ذلك ثانياً جاز، لان العفو عن القذف باطل، فاذا اختصمت و انكر الزوج فعليها ان تقيم شاهدين عدلين، و لو اقامت رجلا و امراتين لم يقبل. و لو اقامت شاهدين ثم ان الرجل اقام رجلا و امراتين على تصديقها سقط اللعان و لاحد. و لو لم يكن لها بينة فارادت ان تحلف الزوج على القذف ليس لها ذلك، فان اقر الزوج بانه قذفها بالزنا سئل البينة، فان شهد اربعة انهم راوا كالميل في المكحلة، و القلم في المحبرة ينظر ان كانت امراة محصنة رجمت، و ان كانت غير محصنة جلدت، و لو لم يكن له بينة وجب اللعان اذا اجتمعت الشرائط. و قال في الاصل يقول له القاضي قم فالتعن فيقوم (ثم يقول في كل مرة اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا، و يقول في الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيمارماها به من الزنا، يشير اليها في جميع ذلك. ثم تشهد المراة اربع مرات تقول في كل مرة اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا، و تقول في الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا) و اذا كان القذف بنفي الولد تقول المراة في كل مرة فيما رماني به من الزنا في نفي الولد (و الاصل فيه) اي في اللعان على هذه الصورة (ما تلوناه

=> قائله الشيخ علاء الدين ابن التركماني في الجوهر النقي على البيهقي ص٣٩٧ج٧. (١) فان قلت الخ كذا =>

من النص، و روى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله تعالى انه ياتي بلفظ المواجهة يقول فيما رميتك به من الزنا، لانه اقطع للاحتمال. وجه ما ذكر في الكتاب ان لفظة المغايبة اذا انضمت اليها الاشارة انقطع الاحتمال قال و اذا التعنا لاتقع الفرقة حتى يفرق القاضي(١) بينهما. و قال زفر رحمه الله تعالى تقع بتلاعنهما،

من النص) و هو فيما مضى بقوله تعالى و لم يكن لهم شهداء الا انفسهم فشهادة احدهم اربع شهادات الى قوله ان كان من الصادقين(٣) (و روى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله تعالي انه ياتي بلفظ المواجهة) اي المخاطبة (يقول فيما رميتك به من الزنا، لانه اقطع للاحتمال) لان هاء الغيبة محتملة فكانت المخاطبة ارفع للاحتمال، و به قال زفر، كذا ذكره في شرح الاقطع. (وجه ما ذكر في الكتاب) اي القدوري (ان لفظ المغايبة اذا انضمت اليها الاشارة انقطع الاحتمال) لانه يجتمع اداتا تعريف فهو اولى. و في تنبيه الشافعية يسميها ان كانت غائبة و يشير اليها ان كانت حاضرة و قيل يجمع بينهما، و انكره السرخسي فقال لامعنى لذكر الاسم و النسب مع الحضرة. و في المنهاج لو بدل الشهادة بحلف و نحوه او الغضب بلعنها او على العكس، قبل تمام الشهادات لم يصح على الاصح (قال) اي القدوري رحمه الله تعالى (و اذا التعنا لاتقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما) تكون الزوجية قائمة و يقع ظهاره و طلاقه و يجرى التوارث بينهما اذا مات احدهما عندنا، كذا في شرح الطحاوي (و قال زفر رحمه الله تعالى تقع) اي الفرقة (بتلاعنهما) و هو المشهور(٤) من مذهب مالك و اصحابه، و به قال ابوثور و ابو عبيد في رواية و داود، و هو مروي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه قال الشافعي يقع بلعانه كما اذا ارتد

=> في العناية ص١١٧ ج٤ و الفتح. (١) القاضي - ن - الحاكم. (٢) من الصادقين - النور - ٦. (٣) و هو المشهور من مذهب مالك الخ راجع لتحقيق هذه المسئلة اوجز المسالك ص٣٨٢ ج٤ و فتح الباري باب اللعان و من طلق بعد اللعان ص٥٥٨ ج٩ و كتاب التفسير باب و الذين يرمون ازواجهم الآية ص٥٧٣ ج٨ و عمدة القاري كتاب التفسير باب قوله عزوجل و الذين يرمون ازواجهم الآية ص٧٤ ج١٩ و اعلاء السنن ص٢٤٠ ج١١ و المغني ص٢٨ ج٩ و تفسير احكام القرآن للجصاص و تفسير الرازي و لفظ المغني ان الفرقة بين المتلاعنين لاتحصل الا بلعانهما جميعا و هل يعتبر تفريق الحاكم بينهما فيه روايتان احداهما انه معتبر فلاتحصل الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما و هو ظاهر كلام الخرقي و قول اصحاب الراي و الرواية الثانية تحصل الفرقة بمجرد لعانهما و هي اختيار ابي بكر و قول مالك و ابي عبيد عنه و ابي ثور و داود و زفر و ابن المنذر و قال الشافعي رحمه الله تعالى تحصل الفرقة بلعان الزوج وحده و ان لم تلتعن المراة لانها فرقة حاصلة بالقول فتحصل بقول الزوج وحده كالطلاق و لانعلم احدا وافق الشافعي على هذا القول انتهى مختصرا.

لانه تثبت(١) الحرمة المؤبدة بالحديث و لنا ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالاحسان، فاذا امتنع ناب القاضي منابه دفعاً للظلم، دل عليه قول ذلك الملاعن عند النبي عليه الصلوة و السلام كذبت عليها يارسول الله ان امسكتها فهي طالق ثلاثا قاله بعد اللعان،

احد الزوجين. و قال ابوبكر الرازي قول الشافعي خارج لا سلف له فيه، قيل ليس كذلك لانه ذكر في المقدمات انه ظاهر قول مالك و عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله تعالى عنه و قال ابن حزم في المحلى قول الشافعي قول لابرهان عليه. و قال عثمان البتي و جماعة من اهل البصرة لايتعلق باللعان فرقة بحال، و هو خلاف السنة و الحديث. (لانه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث) قال الاكمل و الكاكي اراد بالحديث قوله صلى الله عليه وسلم المتلاعنان اذا تفرقا لايجتمعان ابداً، نفى الاجتماع بعد التلاعن، و هو تنصيص على نفي الفرقة بالتلاعن. و قال الاترازي و لزفر قول الصحابة المتلاعنان لايجتمعان ابداً. قلت الصواب مع الاترازي انه لم يرو مرفوعاً، انما روى موقوفاً على جماعة من الصحابة من ذلك ما رواه ابوداود(٢) من حديث ابن شهاب عن سعد بن سهل رضي الله تعالى عنه في هذا الخبر، قال فطلقها ثلاث تطليقات فانفذه رسول الله صلي الله عليه وسلم فمضت السنة بعد في المتلاعنين اذا افترقا لايجتمعان ابداً. و روى عبدالرزاق(٣) في مصنفه المتلاعنان لايجتمعان ابداً موقوفا على عمر و ابن مسعود رضي الله عنهم (و لنا ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف، فيلزمه التسريح بالاحسان، فاذا امتنع ناب القاضي منابه دفعاً للظلم قال) المصنف رحمه الله تعالى (دل عليه) اي دل على عدم وقوع الفرقة (قول ذلك الملاعن عند النبي صلى الله عليه وسلم كذبت عليها يارسول الله ان امسكتها فهي طالق ثلاثاً، قاله بعد اللعان) و اراد بالملاعن عويمر العجلاني رضي الله تعالى عنه وجه الاستدلال انه قال كذبت عليها عند النبي صلى الله عليه وسلم... الى آخره، و لم ينكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم، و لو وقعت الفرقة بينهما بمجرد التلاعن لانكر رسول الله صلى الله عليه وسلم، فان قيل قد انكر عليه بقوله اذهب فلاسبيل لك عليها. اجيب بان ذلك ينصرف الى طلبه رد المهر، فانه روي انه قال اذا

---

(١) تثبت – ن – يثبت. (٢) ابوداود باب اللعان ص٣١٣ ج١ و التفصيل في نصب الراية ص٢٥٠ ج٣. (٣) عبدالرزاق في مصنفه باب لايجتمع المتلاعنان ابدا ص١١٢ ج٧ و في نصب الراية ص٢٥١ ج٣ اخرج الدارقطني عن علي و عبدالله رضي الله عنهما قالا مضت السنة ان لايجتمع المتلاعنان ابدا و رواه عبدالرزاق موقوفا على عمر و ابن مسعود و علي رضي الله عنهم و رواه ابن ابي شيبة ص٣٥١ ج٢/٤ موقوفا على عمر و ابن عمر و ابن مسعود انتهى باختصار ما.

كنت صادقاً فهو لها بما استحللت من فرجها، و ان كنت كاذباً فلاسبيل لك عليها، و التركيب المذكور قلق جداً، حتى في بعض النسخ دل عليه قوله صلى الله عليه وسلم لذلك الملاعن ان امسكتها فهي طالق ثلاثاً، قاله بعد اللعان، اي بعد وقوع اللعان و بين النسختين فرق لايخفى. و لو ذكر الحديث ثم بين وجه الاستدلال لكان احسن و اوضح و الحديث ما رواه مالك في الموطا(١) عن ابن شهاب ان سهل بن سعد الساعدي اخبره ان عويمر العجلاني جاء الى عاصم بن عدي الانصاري، فقال له ياعاصم ارأيت رجلاً وجد مع امراته رجلاً ايقتله فيقتلونه ام كيف يفعل، سل لي عن ذلك رسول الله صلي الله عليه وسلم فلما رجع عاصم الى اهله جاء عويمر فقال يا عاصم ماذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له عاصم لم تاتني بخير قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسالة التي سالته عنها، فقال له عويمر و الله لا انتهي، حتي اتى رسول الله صلى الله عليه وسلم و ساله عنها فاتي عويمر النبي صلى الله عليه وسلم وسط الناس فقال يارسول الله صلى الله عليه وسلم ارأيت رجلاً وجد مع امراته رجلاً ايقتله فتقتلونه ام كيف يفعل، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد انزل الله تعالى فيك و في صاحبتك، اذهب فات بها، قال سهل فتلاعنا و انا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم، فلما فرغا من تلاعنهما قال عويمر كذبت عليها يارسول الله ان امسكتها فطلقها ثلاثا قبل ان يامره رسول الله صلى الله عليه وسلم. قال ابن شهاب فكانت بعد تلك سنة المتلاعنين، و رواه البخاري(٢) في صحيحه عن اسماعيل عن مالك عن ابن شهاب و رواه مسلم ايضا و ابوداود و في رواية عويمر بن اشقر العجلاني و لنا حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنهما ايضا انه عليه الصلوة و السلام لاعن بين رجل و امراته و الحق الولد بامه، ذكره في الصحيحين(٣) و عن سهل بن سعد(٤) شهدت المتلاعنين على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم و انا ابن خمس عشرة ففرق بينهما رسول

---

(١) المؤطا باب ما جاء في اللعان ص٥١٨ مطولا و ذكر في البناية مختصرا. (٢) البخاري باب اللعان ص٧٩٩ ج٢ و مسلم باب اللعان ص٤٨٨ ج١ و ابوداود باب اللعان ص٣١٢ ج١ و النسائي باب بدء اللعان ص١٠٧ ج٢ و ابن ماجة باب اللعان ص١٥٠ و نصب الراية ص٢٤٩ ج٣ و فتح القدير ص١١٩ ج٤ و في اعلاء السنن ص٢٤٢ ج١١ رواه الجماعة الا الترمذي و راجع عمدة القاري. (٣) الصحيحين البخاري باب التفريق بين المتلاعنين و باب يلحق الولد ص٨٠١ ج٢ و مسلم في اللعان ص٤٩٠ ج١ و لفظ الحديث ان رجلا لاعن امراته على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما و الحق الولد بامه. (٤) و عن سهل بن سعد رضي الله تعالى عنه رواه ابوداود في اللعان ص٣١٣ ج١ و نصب الراية ص٢٥٠ ج٣.

و تكون الفرقة تطليقة بائنة عند ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى لان فعل القاضي انتسب اليه كما في العنين و هو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما. و قال ابويوسف رحمه الله تعالى هو تحريم مؤبد لقوله عليه الصلوة و السلام المتلاعنان لايجتمعان ابدا نص على التابيد. و لهما ان الاكذاب رجوع، و الشهادة بعد

الله صلى الله عليه وسلم حين تلاعنا، فهذه الاحاديث الصحاح كلها تدل على عدم وقوع الفرقة بتمام تلاعنهما حتى يفرق بينهما، و كذا ايقاع الطلاق الثلاث، و لم يرد في حديث انه عليه الصلوة و السلام فرق بينهما قبل لعان المراة بعد لعان الرجل، قال الطحاوي رحمه الله تعالى(١) قول الشافعي رحمه الله تعالى خلاف القرآن و الحديث، و ينبغي على قوله ان لاتلاعن المراة اصلا، لانها ليست زوجة عند لعانها (و تكون الفرقة) اي الفرقة الحاصلة بالتلاعن (تطليقة بائنة عند ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى، لان فعل القاضي انتسب اليه) للنيابة عنه (كما في العنين) حيث يؤجله القاضي سنة، فان وصل اليها و الا فرق القاضي بينهما اذا طلبت المراة الفرقة، و الفرقة بالطلاق لاتتأبد، غير انها بائنة، لان المقصود دفع الظلم عنها فلايحصل ذلك الا بالبائن، و هما يحتجان ايضا بما روى مسلم عن ابراهيم النخعي انه قال اللعان تطليقة بائنة، و لان الثابت بالنص اللعان، فلو اثبت الحرمة المؤبدة لزم الزيادة على النص، و ذلك لايجوز، لانه نسخ (و هو خاطب اذا اكذب نفسه) هذه مسالة مبتدأة، اي هذا الرجل بعد الاكذاب صار خاطباً من الخطاب، اي يجوز له ان يتزوجها كما لغيره يجوز ان يتزوجها فعليه الحد باكذاب نفسه (عندهما) اي عند ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (و قال ابويوسف رحمه الله تعالى هو تحريم مؤبد) يعني بعد التلاعن تبقى المراة حرا ما عليه ابداً، فلايجوز له ان يتزوجها، و به قال زفر و الحسن و الشافعي رحمهم الله تعالى لقوله عليه الصلوة و السلام المتلاعنان لايجتمعان ابداً، و قد مر الكلام عن قريب مستقصى، و هو قول الصحابة رضي الله تعالى عنهم و لم يرو مرفوعاً (نص على التابيد) اي نص ظاهر هذا الخبر على تابيد الحرمة (و لهما) اي لابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (ان الاكذاب) اي اكذاب الرجل الملاعن نفسه (رجوع، و الشهادة بعد

---

(١) قال الطحاوي - و في الجوهر النقي على البيهقي باب ما يكون بعد التعان الزوج ص٤٠٩ ج٧ و في نوادر الفقهاء لابن بنت نعيم اجمع الفقهاء على ان الزوج اذا لاعن لم تقع الفرقة الا الشافعي رحمه الله تعالى فانه قال تقع الفرقة بلعانه و قال الطحاوي لم نجد هذا القول عن احد تقدمه من اهل العلم و في تعليق عويمر لها دليل على ان النكاح عنده قائم الى الآن و لم ينكر النبي عليه الصلوة و السلام ذالك عليه و لم يقل طلاقك لايقع عليها و قال ابوبكر الرازي لو كانت الفرقة وقعت قبل ذالك لاستحال قوله لها بحضرته عليه الصلوة السلام كذبت =>

الرجوع لا حكم لها و لايجتمعان ماداما متلاعنين و لم يبق التلاعن و لاحكمه بعد الاكذاب فيجتمعان. و لو كان القذف بنفي الولد نفي القاضي نسبه و الحقه بامه

الرجوع لاحكم لها) يعني يبطل حكمها (و لايجتمعان ماداما متلاعنين) و لا منافاة بين نص التابيد و العود خاطباً، لان معناه ماداما في حال التلاعن (و لم يبق التلاعن و لا حكمه بعد الاكذاب) اي لم يبق حقيقة التلاعن و لا حكمه يعني لا حقيقة و لا حكماً، اما حقيقة فظاهر، و اما حكما فلانه لما اكذب نفسه وجب عليه الحد، فبطلت اهلية اللعان، فاذا بطلت الاهلية بطل حكمها (فيجتمعان) اي المتلاعنان، يعني يجوز اجتماعهما بعد ذلك التزويج. و قال الكاكي اذا كذب نفسه قبل تفريق القاضي حلت له من غير تجديد النكاح (و لو كان القذف بنفي الولد نفى القاضي نسبه و الحقه بامه) اي الحق الولد بامه، و به قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى و قال ابراهيم و ابن معقل و موسى لايفتقر نسب الولد على الفراش بالنفي، لقوله عليه الصلوة و السلام الولد للفراش و للعاهر الحجر، ذكره في الصحيحين(١) و للجمهور حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنهما ان رجلا لاعن امراته فانتفى من ولدها و فرق بينهما، و الحق الولد بامه رواه الجماعة(٢) قال في شرح الطحاوي ثم ولد الملاعنة بعدما قطع نسبه فجميع احكام نسبه باق من الاب سوى الميراث و النفقة، حتى ان شهادة الاب له لاتقبل و شهادته لابنه لاتقبل و دفع الزكاة

=> عليها ان امسكتها و هو غير ممسك لها الخ. (١) الصحيحين - البخاري كتاب البيوع باب تفسير المشبهات ص٢٧٦ ج١ عن عائشة رضي الله عنها مرفوعا و كتاب الوصايا باب قول الموصي لوصيه ص٣٨٣ ج١ و المغازي و الفرائض و الحدود و الاحكام و مسلم كتاب الرضاع باب الولد للفراش ص٤٧٠ ج١ و ابوداود كتاب الطلاق باب الولد للفراش ص٣١٧ ج١ و الترمذي ابواب الرضاع باب ما جاء ان الولد للفراش ص١٣٨ ج١ عن ابي هريرة رضي الله عنه مرفوعا و باب ما جاء لاوصية لوارث ص٣٣ ج٢ عن ابي امامة الباهلي رضي الله عنه مرفوعا و النسائي كتاب الطلاق باب الحاق الولد للفراش ص١١٠ ج٢ عن ابي هريرة رضي الله عنه مرفوعا و ابن ماجة باب لا وصية لوارث ص١٩٩ عن عمرو بن خارجة رضي الله عنه مرفوعا و ابواب النكاح باب الولد للفراش ص١٤٥ عن عائشة رضي الله عنها مرفوعا و في تكملة شرح المهذب ص٤٠٠ ج١٧ حديث الولد للفراش عده السيوطي في الاحاديث المتواترة و قال الحافظ ابن حجر هذا الحديث رواه بضعة وعشرون نفسا ثم ذكر صاحب التكملة اربعة و عشرين اسما من الصحابة والصحابيات الذين رووا هذا الحديث. (٢) الجماعة - البخاري باب يلحق الولد بالملاعنة ص٨٠١ ج٢ و مسلم كتاب اللعان ص٤٩٠ ج١ و ابوداود باب في اللعان ص٣١٥ ج١ و الترمذي باب ماجاء في اللعان ص١٤٤ ج١ و النسائي باب نفى الولد باللعان ص١٠٩ ج٢ و ابن ماجة باب اللعان ص١٥١.

و صورة اللعان أن يامر الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد وكذا في جانب المراة و لو قذفها بالزنا و نفي الولد ذكر في اللعان الامرين ثم ينفي القاضي نسب الولد و يلحقه بامه لما روي ان النبي عليه الصلوة و السلام نفى ولد امراة هلال بن امية عن هلال، و الحقه بها

اليه لايجوز. و لو كان انثى فزوجه اباها او تزوج بنته منه ان كان ابنا لايجوز، و غير ذلك من احكام النسب (و صورة اللعان) اي في نفي الولد (ان يامر الحاكم الرجل، فيقول) اربع مرات (اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد و كذا في جانب المرأة، و لو قذفها بالزنا و نفي الولد ذكر في اللعان الامرين) اراد بهما الزنا و نفي الولد (ثم ينفي القاضي نسب الولد و يلحقه بامه لما روى انه عليه الصلوة و السلام) اي ان النبي صلى الله عليه وسلم (نفى ولد امراة هلال بن امية عن هلال، و الحقه بها) الحديث رواه ابوداود(١) في سننه قال حدثنا الحسن بن علي قال حدثنا يزيد بن هارون قال اخبرنا عباد بن منصور عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه قال جاء هلال بن امية، و هو احد الثلاثة الذين تاب الله عليهم فجاء من ارضه عشاء فوجد عند اهله رجلا فرأى بعينيه و سمع باذنيه فلم يهجه حتى اصبح ثم غدا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله جئت اهلى عشاء فوجدت عندهم رجلاً، فرأيت بعيني و سمعت باذني فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ما جاء به و اشتد عليه فنزلت و الذين يرمون ازواجهم و لم يكن لهم شهداء الا انفسهم فشهادة احدهم... الآيتين كلتيهما فسرى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ابشر يا هلال قد جعل الله لك فرجاً و مخرجاً قال هلال و قد كنت ارجو ذلك من ربي، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ارسلوا اليها فجاءت فتلاها عليهما رسول الله صلى الله عليه وسلم و ذكرهما و اخبرهما ان عذاب الآخرة اشد من عذاب الدنيا، فقال هلال و الله لقد صدقت عليها، فقالت كذب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعنوا بينهما، فقيل لهلال اشهد فشهد اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين. فلما كان الخامسة قيل يا هلال اتق الله فان عذاب الدنيا اهون من عذاب الآخرة، و ان هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب، فقال و الله لايعذبني الله عليها كما لم يجلدني عليها فشهد الخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين، ثم قيل لها اشهدي فشهدت اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين. فلما كانت الخامسة قيل لها اتقي الله، فان عذاب الدنيا اهون من عذاب الآخرة، و ان هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب فتلكأت ساعة ثم قالت و الله لا افضح قومي فشهدت الخامسة ان غضب

---

(١) ابوداود باب في اللعان ص٣١٤ ج١ و نصب الراية ص٢٥١ ج٣.

و لان المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده فيتضمنه القضاء بالتفريق. و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى ان القاضي يفرق و يقول قد الزمته امه و اخرجته من نسب الاب، لانه ينفك عنه

الله عليها ان كان من الصادقين، ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما و قضى ان لايدعى ولدها لاب و لاترمي و لايرمي ولدها و من رماها او رمى ولدها فعليه الحد و قضى أن لابيت لها عليه و لا قوت من اجل انهما يتفرقان من غير طلاق و لا متوفى عنها، و قال ان جاءت به اصيهب اريصح اثيبج حمش الساقين فهو لهلال و ان جاءت به اورق جعدا جمالياً خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو للذى رميت به فجاءت به اورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الاليتين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لو لا الايمان لكان لي و لها شان، قال عكرمة فكان بعد ذلك اميراً على مضر، و ما يدعى لاب، و رواه احمد في مسنده، و هو معلول بعباد بن منصور و قال ابن معين عباد بن منصور ضعيف قدري(١) و قال ابن حبان كان قدرياً داعياً الى القدر. و قال في التنقيح وثقه يحي القطان قوله - اصيهب - تصغير اصهب، و هو الذي يعلو لونه صهبة، و هي كالشقرة. و قوله - اريصح - تصغير الارصح بفتح الهمزة و سكون الراء و فتح الصاد المهملة و بالحاء المهملة هو الناتئ الاليتين، و يجوز بالسين، قاله الهروي. قوله اثيبج تصغير اثبج بفتح الهمزة و سكون الثاء المثلة و فتح الباء الموحدة و بالجيم، و هو الناتئ الثبج اي ما بين الكتفين و الكاهل، قوله - حمش الساقين - بفتح الحاء المهملة و سكون الميم و بالشين المعجمة اي دقيقهما. قوله - اورق - اي اسمر قوله - جعد - بفتح الجيم و سكون العين المهملة و بالدال المهملة، و هو القصير متردد الخلق قوله - جمالياً - بضم الجين و تخفيف الميم و اللام و تشديد الياء آخر الحروف، و هو الضخم الاعضاء التام الاوصال. قوله - سابغ الاليتين - بالسين المهملة و كسر الباء الموحدة و بالغين المعجمة، اي عظيمهما (و لان المقصود من هذا اللعان) اي لان مقصود الزوج من لعانه (نفى الولد فيوفر عليه) اي على الزوج (مقصوده) في نفيه (فيتضمنه القضاء بالتفريق) اي يتضمن نفى الولد قضاء القاضي بالتفريق، يعني اذا قال فرقت بينهما يكفي (و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى ان القاضي يفرق و يقول قد الزمته امه) اي الزمت الولد امه (و اخرجته) اي الولد (من نسب الاب) حتى لو لم يقل ذلك لم ينتف النسب عنه (لانه ينفك عنه) اي لان نفي الولد ينفك عن التفريق اذ ليس من ضرورة التفريق باللعان نفي الولد كما

---

(١) قدري الخ و راجع لتحقيق احوال عباد بن منصور قوة و ضعفا نصب الراية ص٢٥١ ج٣ و التهذيب ص١٠٤ ج٥.

فلابد من ذكره، فان عاد الزوج و اكذب نفسه حده القاضي لاقراره بوجوب(١) الحد عليه و حل له ان يتزوجها، و هذا عندهما لانه لما حد لم يبق اهلا للعان(٢) فارتفع حكمه(٣) المنوط به و هو التحريم. و كذلك ان قذف غيرها فحد به لما بينا، و كذا اذا زنت فحدت لانتفاء اهلية اللعان من جانبها. و اذا قذف امراته و هي صغيرة او مجنونة فلا لعان بينهما لانه لايحد قاذفها(٤) لو كان

لو مات الولد فانه يفرق بينهما باللعان و لاينتفى النسب عنه (فلابد من ذكره) اي من ذكر نفي الولد، الا ترى انه اذا نفى ولد ام الولد ينتفي به، و لايجرى اللعان. و اذا قال لامراته زينت يجرى اللعان و لاينتفي الولد (فان عاد الزوج فاكذب نفسه) يعني بعد اللعان (حده القاضي لاقراره بوجوب الحد عليه) حيث قذف محصنة. و في المبسوط(٥) هذا اذا لم يطلقها بائنا بعد القذف، اما لو كذب نفسه بعد البينونة لايجب الحد و لا اللعان، لان المقصود باللعان التفريق، و لا يتاتى ذلك بعد البينونة و لا حد عليه، لان قذفه كان موجباً للعان و القذف الواحد لايوجب الحدين (و حل له ان يتزوجها) قال الاكمل(٦) هذا تكرار لقوله - و هو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما - و يجوز ان يقال ذكر هناك تفريعاً، و نقل هنا لفظ القدوري (و هذا عندهما) اي جواز حل الزوج بعد اللعان و التكذيب و الحد عند ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (لانه لما حد لم يبق اهلا للعان، فارتفع بحكمه المنوط به) اي ارتفع اللعان بحكمه المتعلق به (و هو التحريم) كما ارتفع اللعان (و كذلك) اي يحل كذلك (ان قذف غيرها) اي غير امراته بعد تفريق القاضي (فحد به) اي بسبب قذفه (لما بينا) يريد به قوله لانه لما حد لم يبق اهلا للعان، فارتفع بحكمه المنوط به (و كذا اذا زنت فحدت لانتفاء اهلية اللعان من جانبها) فان(٧) قيل لما جرى اللعان بينهما علم انهما زوجان على صفة الاحصان و المراة و الرجل اذا زنيا بعد احصانهما يرجمان، فحينئذ كان قوله فحدت معناه رجمت، فبعد ذلك ان تبقى محلا للتزوج. اجيب بان معنى قوله - حدت - جلدت، و تصور المسالة ان يتلاعنا بعد التزوج قبل الدخول، ثم انها زنت بعد اللعان، فكان حدها الجلد دون الرجم، لانها ليست بمحصنة لان من شرط احصان الرجم الدخول بعد النكاح الصحيح و لم يوجد. (و اذا قذف) الرجل (امراته و هي صغيرة) اي و الحال انها صغيرة (او مجنونة فلا لعان بينهما، لانه لايحد قاذفهما) اي قاذف الصغيرة و المجنونة (لو كان) اي القاذف

---

(١) بوجوب - ن - بما يوجب. (٢) اهلا للعان - ن - اهل اللعان. (٣) حكمه - ن - بحكمه. (٤) قاذفها - ن - قاذفهما. (٤) المبسوط للرخسي ص٤٩ ج٧. (٦) الاكمل في العناية ص١٢٣ ج٤. (٧) فان قيل الخ =>

اجنبياً، فكذا لايلاعن الزوج لقيامه مقامه، و كذا اذا كان الزوج صغيرا او مجنوناً لعدم اهلية الشهادة و قذف الاخرس لايتعلق به اللعان لانه يتعلق بالصريح كحد القذف، و فيه خلاف الشافعي رحمه الله تعالى و هذا لانه لايعرى عن الشبهة و الحدود تندرئ بها و اذا قال الزوج ليس حملك مني فلالعان و هذا قول ابي حنيفة و زفر رحمهما الله تعالى لانه لا يتيقن بقيام الحمل فلم يصر قاذفاً. و قال ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى اللعان يجب بنفي الحمل اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر، و هو

(اجنبياً، فكذا لايلاعن الزوج لقيامه مقامه) اي لقيام اللعان مقام حد القذف (و كذا) اللعان (اذا كان الزوج صغيراً او مجنوناً لعدم اهلية الشهادة) و اللعان شهادة عندنا، و به قال الشافعي رحمه الله تعالى و في المدونة يلاعن بقذف الصغيرة. و في المغني(١) لو قذفها و هي بنت تسع فعليه الحد و تطالبه اذا بلغت، و بدون التسع يعزر. و لو قال لها زنيت و انت صبية او مجنونة، و جنونها معهود فلاحد و لا لعان، و لايجعل قاذفا في الحال، لان فعلها لايوصف بالزنا، بخلاف قوله زنيت و انت ذمية او منذ اربعين سنة و عمرها عشرون سنة، حيث يعزر ذكره في الجوامع (و قذف الاخرس لايتعلق به اللعان، لانه) اي لان اللعان (يتعلق بالصريح كحد القذف) فيندرئ بالشبهة و لانه شهادة حتى يشترط لفظ الشهادة (و فيه خلاف الشافعي رحمه الله تعالى) فانه يقول يصح قذفه و لعانه، لان اشارة الاخرس كعبارة الناطق (و هذا) اي اشارة الاخرس (لانه) اي لان قذف الاخرس (لايعرى عن الشبهة) لان فيه احتمالاً (و الحدود تندرئ بها) اي تندفع بالشبهة، و كذا اذا كانت المراة خرساء لايجري اللعان بينهما. (و اذا قال الزوج ليس حملك مني فلا لعان) اي لايجب اللعان و لا الحد (و هذا) اي عدم وجوب اللعان (قول ابي حنيفة و زفر رحمهما الله تعالى) و به قال احمد(٢) و ابوثور، و هو قول الحسن البصري و الشعبي و الثوري و ابن ابي ليلى رحمهم الله تعالى (لانه لايتيقن بقيام الحمل) لعله يكون ريحاً (فلم يصر قاذفاً) فلايكون موجباً للعان (و قال ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى اللعان يجب بنفي الحمل اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر) و به قال مالك و الشافعي و احمد و ابوحنيفة رحمهم الله تعالى اولاً. و عن ابي يوسف يلاعن في الحال، و انما قيد بقوله اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر، لانه اذا جاءت به لاكثر من ستة اشهر لا يجب اللعان، لانه لايتيقن بوجود الحمل عند القذف (و هو

=> كذا في العناية ص١٢٣ ج٤. (١) المغني راجع لنحو ما ههنا ص٩ ج٩ و تكملة شرح المهذب ص٣٩٥ ج١٧.
(٢) قال احمد الخ كذا في فتح القدير ص١٢٤ ج٤ و راجع الاوجز ص٣٨٨ ج٤ و المغني ص٤٦ ج٩.

معنى ما ذكر في الاصل، لانا تيقنا بقيام الحمل عنده، فيتحقق القذف. قلنا اذاا لم يكن قذفا في الحال يصير كالمعلق بالشرط فيصير كانه قال ان كان بك حمل فليس مني، و القذف لايصح تعليقه بالشرط. فان(١) قال لها زنيت، و هذا الحبل(٢) من الزنا تلاعنا لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحاً، و لم ينف القاضي الحمل. و قال الشافعي رحمه الله تعالى ينفيه لانه عليه الصلوة و السلام نفى الولد عن هلال رضي الله تعالى عنه و قد قذفها حاملاً. و لنا ان الاحكام لاتترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله،

معنى ما ذكر في الاصل) اي قيده بمجيء الولد لاقل من ستة اشهر ما ذكره محمد رحمه الله تعالى في الاصل (لانا تيقنا بقيام الحمل عنده) اي عند القذف (فيتحقق القذف) فهذا(٣) و نفيه بعد الولادة سواء، و لهذا يثبت حكم الارث و الوصية اذا ولدت لاقل من ستة اشهر بتيقن وجوده (قلنا اذا لم يكن قذفا في الحال) هذا جواب من جهة ابي حنيفة رحمه الله تعالى يعني اذا لم يكن قوله ليس حملك مني قذفاً في الحال بالاحتمال (يصير كالمعلق بالشرط، كانه قال ان كان بك حمل فليس مني، و القذف لايصح تعليقه بالشرط) قبل وجود الشرط، و لا حاجة الى ابقاء حكمه الى وجود الشرط لعدم الحاجة الى ايجاب الحد، لان الحدود يحتال الى درئها لا الى اثباتها، بخلاف الارث و الوصية، فانهما يتوقفان الى انفصال الولد و لايتوقف القذف. و قيل ان هلال بن امية قذف امراته بنفي الحمل و قد لاعن رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما، اجيب بانا لانسلم انه قذف امراته بنفي الحمل، نعم انه قذفها و هي حامل، و ذلك لايدل على قذفها بنفي الحمل، لان الحديث قال اذا رأى احدنا رجلا على امراته فذلك يدل على انه كان قاذفا بصريح الزنا لا بنفي الحمل (فان قال لها زنيت و هذا الحمل من الزنا تلاعنا لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحا و لم ينف القاضي الحمل. و قال الشافعي رحمه الله تعالى(٤) ينفيه لانه عليه الصلوة و السلام نفي الولد عن هلال رضي الله تعالى عنه و قد قذفها حاملاً) و قد ذكرنا عن قريب حديث هلال بن امية رضي الله تعالى بتمامه (و لنا ان الاحكام لاتترتب عليه) اي على الحمل، يعني ان نفي الولد حكم من احكامه و الاحكام لاتترتب عليه (الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله) اي قبل انفصال الولد او قبل حصول الولد. فان قيل(٥) بل يترتب عليه قبل

---

(١) فان – ن – و ان. (٢) الحبل – ن – الحمل. (٣) فهذا الخ كذا في الكفاية ص١٢٤ ج٤. (٤) و قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ راجع اعلاء السنن باب حكم القذف بنفي الولد ص٢٤٦ ج١١. (٥) فان قيل بل الخ كذا في العناية ص١٢٥ ج٤.

و الحديث محمول على انه عرف قيام الحبل بطريق الوحي واذا نفى الرجل ولد امراته عقيب الولادة او في الحالة التي تقبل التهنئة و تبتاع آلة الولادة صح نفيه و لاعن به، و ان نفاه بعد ذلك لاعن و يثبت النسب هذا عند ابي حنفة رحمه الله تعالى

الولادة كالرد بالعيب و الميراث و الوصية به، اجيب بان اللعان في حق الزوج بمنزلة الحد، فلايقام مع الشبهة، بخلاف الرد بالعيب، لانه يثبت مع الشبهة و الارث و الوصية يتوقفان على انفصاله، و لايتقرر في الحال. و حاصل الجواب ان قوله الاحكام لاتثبت يراد به بعضها و نفي الولد منها، لئلا يلزم اقامة الحد مع قيام الشبهة (و الحديث) اي حديث هلال رضي الله تعالى عنه (محمول على انه) اي ان النبي صلى الله عليه وسلم (عرف قيام الحبل بطريق الوحي) بدليل ان في الحديث ان جاءت به اصيهب... الحديث الى آخره، كما ذكرناه. و مثل ذلك لايعرف الا بطريق الوحي. و من اصحابنا من قال ان هلالاً قذفها نصاً، فانه قال وجدت شريك بن سمحاء على بطنها يزني بها، ثم نفى الحمل بعد ذلك، و عندنا لو قذفها نصا لاعن، كذا في المبسوط(١) قال ابن الجوزي ان احمد انكر لعان هلال بالحمل، فقال انما لاعن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما جاء و شهد بالزنا و لو كان اللعان بالحمل لكان الحمل منه منتفياً عن الزوج غير لاحق به اشتبه به ام لم يشتبه، و هكذا نقل عن محمد بن جرير بن ابي صفرة. و في شرح الكردي اجمع اصحابنا على ان النسب لاينتفي، و هو حمل للشك في وجوده. و في البدائع لايقطع نسب الحمل قبل وضعه بلاخلاف بين اصحابنا (و اذا نفي الرجل ولد امراته عقيب الولادة) اي حين ولدته (او في الحالة) اي او نفاه في الحالة (التي تقبل التهنئة) على بناء المجهول برفع التهنئة، قال الجوهري(٢) التهنئة خلاف التعزية، و تقول هنأته بالولادة تهنئة تهنيئاً، و كل أمر ياتيك من غير تعب فهو هنيء، و منه كلوا هنيئا مريئاً، و اصله مهموز اللام (و يبتاع) على ضيغة المجهول اي يشتري (آلة الولادة) مثل الشد و القماط و الشيء الذي يفرش تحت الولد حين يوضع، و الاشياء التي يلف فيها الولد حين تضعه امه (صح نفيه، و لاعن به و ان نفاه بعد ذلك لاعن و يثبت النسب هذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى) اعلم ان اللعان يجري بينهما بنفي نسب الولد و ان طالت المدة، لانه قذف زوجته بنفي الولد عن نفسه، لكن الولد هل ينتفي، فان كان النفي بحضرة الولادة حين يولد او بعد ذلك بيوم او يومين او نحو ذلك ينتفي. و لم يوقت ابوحنيفة رحمه الله

---

(١) المبسوط للسرخسي ص٤٥ ج٧. (٢) الجوهري في الصحاح ص٨٤ ج١ مادة هنأ و كذلك في اللسان ص١٨٥ ج١ و فيه يقال هنأه بالامر و الولاية هنأ (باب فتح) و هنأه تهنئة و تهنيئا (باب التفعيل) اذا قلت له ليهنئك بجزم الهمزة و ليهنيك بياء ساكنة و لايجوز ليهنك كما تقول العامة؛

و قال ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى يصح نفيه في مدة النفاس، لان النفي يصح في مدة قصيرة و لايصح في مدة طويلة، ففصلنا بينهما بمدة النفاس، لانه اثر الولادة و له انه لامعنى للتقدير لان الزمان للتامل و احوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا مايدل عليه، و هو قبوله التهنئة او سكوته عند التهنئة او ابتياعه متاع الولادة او مضي ذلك الوقت و هو ممتنع عن النفي. و لو كان غائباً و لم يعلم بالولادة، ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين

تعالى في رواية بشيء غير هذا. و روى الحسن عنه انه يصح نفيه الى سبعة ايام (و قال ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى يصح نفيه في مدة النفاس) و عند الشافعي رحمه الله تعالى متى امكن نفيه بالمرافعة على الحاكم، فلم ينفه لزمه نسبه، و هو قول ابي عبيد و ابي ثور و ابن المنذر. و قال مجاهد و شريح يجوز للزوج نفيه متى شاء. و قال الشعبي و محمد و ابن ابي ذئب و بعض اهل المدنية لاينتفي بنفيه، و لكن يجب به اللعان، و احتجوا بقوله عليه الصلوة و السلام الولد للفراش(١) (لان النفي يصح في مدة قصيرة و لايصح في مدة طويلة ففصلنا بينهما بمدة النفاس لانه اثر الولادة) اي لان النفاس اثر الولادة. و في المبسوط(٢) مدة النفاس كحالة الولادة، بدليل انها لاتصوم و لاتصلي فيها (و له) اي ولابي حنيفة رحمه الله تعالى (انه لامعنى للتقدير، لان الزمان للتامل و احوال الناس فيه) اي في التامل (مختلفة، فاعتبرنا مايدل عليه) اي على عدم النفي (و هو قبول التهنئة او سكوته عند التهنئة) لانه دليل الرضي (او ابتياعه متاع الولادة او مضي ذلك الوقت و هو ممتنع) اي و الحال ان الزوج ممتنع (عن النفي) بان كان ساكتاً، و في الشامل ابوحنيفة لم يوقت، بل فوض الى الامام قال و حكي عنه انه اعتبر ثلاثة ايام، و روي عنه سبعة ايام، و في المبسوط(٣) هذا ضعيف، لان نصب المقدار بالراي لايكون. و روي عن محمد اذا هنئ بولد الامة فسكت لم يكن قبولاً، بخلاف ولد المنكوحة(٤) (و لو كان) اي الزوج (غائباً و لم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين) اي اصل ابي حنيفة رحمه الله تعالى و اصل ابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى فعلى اصل ابي حنيفة رحمه الله تعالى يجعل(٥) كانها ولدته الآن، فله النفي في مقدار مايقبل التهنئة، و على

---

(١) الولد للفراش الحديث و قد مضى تخريجه قبل عدة اوراق. (٢) المبسوط للسرخسي ص٥١ ج٧. (٣) المبسوط للسرخسي ص٥٢ ج٧ و كذا في العناية ص١٢٦ ج٤. (٤) بخلاف ولد المنكوحة لان ولد الامة غير ثابت النسب منه فالحاجة الى الدعوة و السكوت ليس بدعوة فاما نسب ولد المنكوحة ثابت منه فيكون سكوته مسقطا حقه في النفي كذا في المبسوط للسرخسي ص٥٢ ج٧. (٥) يجعل الخ كذا في العناية ص١٢٦ ج٤.

قال و اذا ولدت ولدين في بطن واحد فنفى الاول و اعترف بالثاني يثبت نسبهما ،لانهما توأمان خلقا من ماء واحد، و حد الزوج لانه اكذب نفسه بدعوى الثاني و ان اعترف بالاول و نفي الثاني يثبت نسبهما لما ذكرنا و لاعن لانه قاذف بنفي الثاني، و لم يرجع عنه و الاقرار بالعفة سابق على القذف فصار كما اذا قال انها عفيفة، ثم قال هي زانية و في ذالك التلاعن كذا هذا.

اصلهما في مقدار مدة النفاس بعد القدوم، لان النسب لايلزم الا بعد العلم به، فصارت حالة القدوم كحالة الولادة (قال) اي القدوري (و اذا ولدت ولدين في بطن واحد فنفى الاول و اعترف بالثاني يثبت نسبهما) هذا اذاولدت لاقل من ستة اشهر (لانهما) اي لان الولدين (توأمان خلقا من ماء واحد) التوأم(١) يقال لكل واحد، و هو الاسم لايستحق كل واحد وحده، و جمعه توائم، و هو اسم جمع و ليس بجمع حقيقة (و حد الزوج لانه اكذب نفسه بدعوى الثاني، و لو اعترف بالاول و نفى الثاني يثبت نسبهما لما ذكرنا) اي كذب نفسه (و لاعن لانه قاذف بنفي الثاني و لم يرجع عنه) اي عن النفي (و الاقرار بالعفة سابق) هذا جواب(٢) عما يقال ينبغي ان يحد لانه اكذب نفسه بعد القذف لان الاقرار الاول بثبوت النسب باق بعد نفي الثاني، فيعتبر قيام الاقرار بعد القذف بابتداء الاقرار، و لو وجد الاقرار بعد النفي يثبت الاكذاب فيجب الحد، فكذا هذا. فاجاب بقوله - و الاقرار بالعفة سابق (على القذف) حقيقة، و الاعتبار بالحقيقة (فصار كما اذا قال انها عفيفة، ثم قال هي زانية و في ذلك التلاعن) اي واجب (كذا هذا) اي فكذا حكم هذا كحكم ذلك. و في المحيط و المبسوط(٣) فلو نفاهما ثم مات أحدهما او قتل لزماه، و في مختصر الكرخي(٤) لايجب اللعان عند ابي يوسف رحمه الله تعالي و يجب عند محمد رحمه الله تعالى. و لو ولدت احدهما ميتاً فنفاهما لاعن بالاتفاق، و لزمه الولدان. و لو ولدت ولداً فنفاه و لاعن ثم ولدت آخر بيوم لزماه. و في النوادر(٥) عن ابي حنيفة رواه الحسن عنه ان امرأة

---

(١) التوأم الخ كذا في اللسان مادة تأم و من لفظه التوأم من جميع الحيوان المولود مع غيره في بطن واحد من الاثنين الى ما زاد ذكرا كان او انثى او ذكرا مع انثى و الجمع توائم و تؤام (على وزن غراب) انتهى باختصارما.
(٢) جواب الخ كذا في العناية و الاوضح منه ما في الكفاية ص١٢٧ ج٤ و نصه فاجاب عنه ان الاقرار بالعفة سابق على القذف حقيقة و اما من حيث الحكم فلاحق ثم ان كان يجب الحد باعتبار الحكم فلايجب باعتبار الحقيقة فلايجب الحد اما للشك في وجوب الحد و اما للسعي في درء الحد عند الشبهة و اما لترجيح جانب الحقيقة على الحكم لان الحقيقة حقيق بالعمل و الله تعالى اعلم بالصواب. (٣) المبسوط و كذا في فتح القدير ص١٢٧ ج٤. (٤) مختصر الكرخي و كذا في فتح القدير ص١٢٧ ج٤. (٥) النوادر الخ كذا في فتح القدير ص١٢٧ =>

جاءت بثلاثة اولاد في بطن فنفى الثاني و اقر بالاول و الثالث يلاعن و هم بنوه. و لو نفى الاول و الثالث و اقر بالثاني يحد و هم بنوه. و في المغني(١) التوأمان يكون بينهما اقل من ستة اشهر و مثله عن مالك رحمه الله تعالى و اذا ولدت فسكت لم يكن له نفيه بعد ذلك، و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى و قال ابن قدامة و ما ذكره ابوحنيفة يبطل بخيار الرد بالعيب يعني انه يبطل بالسكوت، و نقله عنه غلط، و ذلك مذهب الناقل و يبطل مذهبه بالحمل، فانه لايبطل بالسكوت و لو هنأ(٢) به فأمن على دعائه لزمه و كذا ان قال احسن الله جزاءك او بارك الله فيك، او رزقك الله مثله لزمه الولد، و كذا عندنا و عند الشافعي رحمه الله تعالى لايلزمه. و كل موضع لزمه الولد لايكون له نفيه بعد ذلك عند الائمة الاربعة و اصحابهم و لو قال ليس هذا الولد مني او ليس ولدي، و لم يذكر زناها فلاحد و لا لعان. و كذا لو قال اكرهت على الزنا لاحد و لا لعان. و في المحيط(٣) اذا نفى ولد زوجته و هما في حال لا لعان بينهما لاينتفي، و ان كانت كتابية او ام ولد ثم اعتقت او اسلمت ثم وضعت لايصح نفيه. و لو ولدت بعد اللعان الى سنتين لزمه الولد، و ان لم يكن عليها عدة يلزمه مابينه و بين ستة اشهر، لانه مطلق حكماً. و لو لاعنها بولد ثم ولدت الى سنتين لزمه، لانها معتدة و يقبل شهادته عليها بالزنا مع ثلاثة، و فيه خلاف الائمة الثلاثة رحمهم الله تعالى و لو قذفها ثم شهد مع الثلاثة بالزنا لاتقبل، لانه سقط عنه اللعان الواجب عليه. و لو شهد ثلاثة غير عدول فلاحد، و لا لعان و لا على المشهود. و لو قذف امراة رجل بالزنا فقال الزوج صدقت لم يكن على الزوج المصدق حد و لا لعان الا ان يقول صدقت هي كما قلت، فيكون قاذفاً، و لو عين الذي رماها به و طلب الرجل حد القذف يحد له عندنا. و قال الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى لايحد. و في الروضة زنت قبل تفريق القاضي بعد التلاعن يسقط اللعان عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و حل له وطؤها و لو اقام الرجل البينة على صدقه سقط عنه اللعان وحدت، و هو قول الظاهرية و قال مالك رحمه الله تعالى يلاعن. و قال الشافعي رحمه الله تعالى يلاعن ان كان معها ولد و الا لا، و لا لعان في البائن لا في العدة و لا في غيرها عندنا و يحد، و به قال الشافعي و احمد و مالك و الثوري و اهل الحجاز و اهل العراق و بعد اللعان يجب لها نصف الصداق عندنا، و به قال مالك و سعيد بن جبير و قتادة و الحسن. و قال حماد بن ابي سليمان شيخ ابي حنيفة رحمهم الله تعالى يجب لها المهر الكامل. و

=> ج٤ و الهندية ص٥١٩ ج١. (١) المغني ص٣٩ ج٩. (٢) و لو هنأ به الخ كذا في المغني ص٥٠ ج٩. (٣) المحيط الخ و كذا في الفتاوى الهندية ص٥١٩ ج١ و راجعه للفروع الكثيرة.

قال الزهري لاصداق لها. و قلنا التفريق بينهما طلاق قبل الدخول، فيجب نصف المهر فروع اخرى في المبسوط(١) لو مات ولد الملاعنة عن مال فادعى الملاعن لايثبت نسبه و يضرب الحد. و ان ترك ابنا او بنتا يثبت نسبه من الاب و ورثه الاب. و لو كان الولد الميت فشاركها ولد فاكذب نفسه يثبت عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى خلافاً لهما. و قيل الخلاف على العكس. و في جوامع الفقه مات الشاهدان او غابا بعد ما عدل لايقضي باللعان. و في المال يقضي بخلاف ما لو عميا او فسقا او ارتدا حيث يلاعن بنهما، و الوطء الحرام بشبهة او نكاح فاسد يسقط احصانها، خلافا لابي يوسف ثم رجع و قال هو ملحق بالوطء الحلال في ثبوت النسب و وجوب العدة، و لا لعان في النكاح الفاسد و لا في الوطئ بشبهة عندنا. و قال الشافعي و احمد يجب اللعان فيهما اذا كان ينفي الولد. و عند ابي يوسف فيه الحد و اللعان لالحاقهما بالنكاح الصحيح و لو قذفها ثم طلقها ثلاثا سقط اللعان و لايجب الحد، و كذا لو تزوجها بعد ذلك لان الساقط لايعود، و به قال الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى و لو اقر به بعد الاستبراء يلزمه. و اجمعوا انه لا لعان في النكاح الفاسد بغير ولد، و لو تلاعنا لايثبت التحريم المؤبد في وجه عند الحنابلة و قذف المبانة و اضافها الى حال قيام النكاح و بينهما ولد يريد نفيه يلاعن و لاحد و لا لعان عند الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى و عندنا يحد و لا لعان، و هو قول عطاء و يروى عن الحسن و عثمان البتي رحمهما الله تعالى و هو قول ابن عباس رضي الله تعالى عنه و لو قذف مطلقته الرجعية يلاعن، و به قال النخعي و الزهري و قتادة و مالك و الشافعي و احمد و اسحاق و ابوعبيد و الظاهرية، و هو قول ابن عمر و جابر بن زيد رضي الله تعالى عنهما و قال ابن عباس رضي الله تعالى عنه و لا لعان، و في جوامع الفقه قال قذفتك بعد ان اتزوجك او زنيت قبل ان اتزوجك فهو قاذف في الحال يلاعن و قال الشافعي و مالك و يحد و لو قذفها ثم زنت او وطئت حراماً لا حد و لا لعان عندنا، و به قال الشافعي رحمه الله تعالى و لو فرق القاضي بعد التعانهما ثلاثا خطأ نفذ تفريقه عندنا و عند زفر و عند بقية الائمة لاينفذ، و لو بدأ بلعان المرأة فقد اخطأ و لايجب اعادته و به قال مالك رحمه الله تعالى و قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى يجب اعادته و يسقط اللعان بردتها، و لو اسلمت بعدها لايعود. و في الذخيرة قذفها بنفي ولدها فلم يتلاعنا حتى قذفها اجنبي بالولد، فحد الاجنبي يثبت نسب الولد و لاينتفي بعد ذلك، لان حد قاذفها حكم بكذبه.

---

(١) المبسوط للسرخسي ص٥٢ ج٧ نحوه.

باب العنين وغيره

و اذا كان الزوج عنيناً اجله الحاكم سنة،

(باب العنين وغيره)

اي هذا باب في بيان احكام العنين. و لما ذكر(١) احكام الاصحاء المتعلقة بالنكاح و الطلاق شرع في بيان احكام من به مرض له تعلق بالنكاح و الطلاق، لان حكم من به العوارض بعد ذكر حكم الاصحاء و العنين من لايقدر على اتيان النساء من عن(٢) اذا حبس في العنة، و هي حظيرة الابل، او من عن اذا عرض لانه يعن يميناً و شمالاً و لايقصد. و قيل سمي العنين عنيناً لان ذكره يسترخي فيعن يميناً و شمالاً و لايقصد للماتي من المراة، و جمع العنين العنن. و في البصائر يقال فلان عنين بين العنانة(٣) و لايقال بين العنة. و كذا في المغرب وغيره. و في قاضي خان و المرغيناني العنين من لايصل الى النساء مع قيام الآلة، و لو كان يصل الى الثيب دون البكر او الى بعض النساء دون البعض، و ذلك لمرض به، او لضعف في خلقته او لكبر سنه او سحر فهو عنين في حق من لايصل اليها لفوات المقصود في حقها، هكذا ذكره الاسبيجابي و قال السحر له حقيقة و تاثير عند اهل السنة و عند الهندواني(٤) يؤتي بطست فيه ماء بارد فيجلس العنين فيه ان كان عضوه يؤول الى النقصان و ينزوي علم انه لاعنة فيه، و ان كان لايؤول و لاينزوي علم انه عنين. و في المغني(٥) العنين العاجز عن الايلاج ماخوذ من عن، اي اذا اعترض. و في المحيط آلة قصيرة لايمكنه ادخالها داخل الفرج لا حق لها في المطالبة بالتفريق. و في الجواهر العنين من لاينتشر ذكره، و هو كالاصبع في البدن لاينقبض و لاينبسط. قوله و غيره كالمجبوب و المقطوع اكثر ذكره و الخصي (و اذا كان الزوج عنيناً اجله الحاكم سنة) اي بعد طلبها، و ابتداء التاجيل من وقت الخصومة يؤجل سنة، و عليه فتوى فقهاء الامصار كابي حنيفة و اصحابه، و الشافعي و

---

(١) و لما ذكر الخ كذا في العناية و الفتح و الكفاية. (٢) من عن من باب ضرب و نصر و ههنا بصيغة المجهول قوله العنة بضم العين و تشديد النون، العنين بكسر العين و كسر النون المشددة جمعه العنن بضم العين و النون كما في لسان العرب مادة عنن. (٣) العنانة بفتح العين و في اللسان العنين بين العنانة (بفتح العين) والعنينة (بكسر العين و كسر النون المشددة و سكون الياء) و العنينية (بكسر العين و كسر النون المشددة و كسر النون الثانية و فتح الياء المشددة) و في المغرب و في البصائر لابي حيان التوحيدي قل فلان عنين بين التعنين و لاتقل بين العنة كما يقوله الفقهاء فانه كلام مردود انتهى و نحوه في البحر الرائق ص١٣٢ ج٤. (٤) الهندواني الخ كذا في الفتح ص١٢٨ ج٤ و راجع اوجز المسالك ص٤٢٤ ج٤ عنوان اجل الذي لايمس امراته. (٥) المغني باب اجل العنين الخ ص٦٠٢ ج٧ و تكملة شرح المهذب ص٢٨٠ ج١٦.

فان وصل اليها فبها و الا فرق بينهما اذا طلبت المراة ذلك، هكذا روي عن عمر و علي و ابن مسعود رضي الله عنهم.

اصحابه، و مالك و اصحابه، و احمد و اصحابه رحمهم الله تعالى و هو قول عمر(١) و علي و ابن مسعود و المغيرة رضي االله تعالى عنهم و سعيد بن المسيب و عطاء و عمرو بن دينار و قتادة و ابراهيم النخعي و سفيان و عبد الرحمن الاوزاعي و اسحاق و ابي عبيد و عن مالك يؤجل ستة اشهر في العبد و عنه و عن ابن المسيب لو كانت حديثة العهد يؤجل خمسة اشهر. و عند عبدالله بن نوفل يؤجل عشرة اشهر (فان وصل اليها فبها) فلا كلام (و الا) اي و ان لم يصل اليها (فرق بينهما اذا طلبت المراة ذلك) اي التفريق، لان الحق لها (هكذا روي عن عمر و علي و ابن مسعود رضي الله تعالى عنهم) اما الرواية(٢) عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه فاخرجه عبدالرزاق(٣) في مصنفه اخبرنا معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال قضى عمر ابن الخطاب في العنين ان يؤجل سنة. قال معمر و بلغني ان التاجيل من يوم ترفع امرها. و روى محمد بن الحسن الشيباني في كتاب الآثار(٤) اخبرنا ابوحنيفة حدثنا اسماعيل بن مسلم المكي عن الحسن عن عمر بن الخطاب ان امراة اتته فاخبرته ان زوجها لايصل اليها، فاجله حولاً، فلما انقضى حول و لم يصل اليها خيرها فاختارت نفسها، ففرق بينهما عمر رضي الله تعالى عنه و جعلها تطليقة بائنة. و أما الرواية عن علي(٥) رضي الله تعالى عن فاخرجها ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا ابوخالد الاحمر عن محمد بن اسحاق عن خالد بن كثير عن الضحاك عن علي رضي الله تعالى عنه يؤجل العنين سنة، فان وصل اليها و الا فرق بينهما. و اما

---

(١) و هو قول عمر رضي الله تعالى عنه الخ راجع المغني ص٦٠٣ ج٧ واعلاء السنن ص٢٤٨ ج١١ و الاوجز ص٤٢٤ ج٤ و تكملة شرح المهذب ص٢٨٠ ج١٦. (٢) اما الرواية عن عمر رضي الله تعالى عنه الخ راجع لتحقيق هذه الاحاديث نصب الراية ص٢٥٤ ج٣ باب العنين و فتح القدير باب العنين ص١٢٨ ج٤ و اعلاء السنن ابواب العنين ص٢٥٤ ج١١. (٣) عبدالرزاق باب اجل العنين ص٢٥٣ ج٦ و سنده صحيح و سنن البيهقي باب اجل العنين ص٢٢٦ ج٧ و الدارقطني ص٣٠٥ ج٣ نحوه. (٤) كتاب الآثار باب العنين ص١٠٧ و نحوه في مصنف ابن ابي شيبة عنوان ما قالوا في امراة العنين ص١٧٢ ج٥ و عن شريح قال كتب الى عمر ان اجله سنة فان استطاعها و الاخيرها فان شاءت اقامت و ان شاءت فارقته رواه ابن ابي شيبة عنوان كم يؤجل العنين؟ ص٢٠٨ ج٤/٢ و اخرج ايضا عن الشعبي ان عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه كان يقول يؤجل سنة لا اعلمه الامن يوم يرفع الى السلطان و اخرجه البيهقي في سننه ايضا ص٢٢٦ج٧. (٥) و اما الرواية عن علي رضي الله تعالى عنه فرواه ابن ابي شيبة في مصنفه ص٢٠٦ ج٤/٢ و عبدالرزاق ص٢٥٤ ج٦ و البيهقي في سننه ص٢٢٧ ج٢.

و لان الحق ثابت لها في الوطء، و يحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة و يحتمل لآفة اصلية، فلابد من مدة معرفة لذلك، و قدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة. فاذا مضت المدة و لم يصل اليها تبين ان العجز بآفة اصلية، ففات الامساك بالمعروف، و وجب عليه التسريح بالاحسان، فاذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما، و لابد من طلبها، لان التفريق حقها،

الرواية(١) عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه فاخرجها ابن ابي شيبة ايضا حدثنا وكيع عن سفيان عن الركين بن الربيع بن عميلة عن ابيه عن حصين بن قبيصة عن عبدالله بن مسعود رضي الله قال يؤجل العنين سنة، فان جامع و الا فرق بينهما. (و لان الحق ثابت لها في الوطء، و يحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة) من حرارة او برودة فيداوي بما يضاده، او رطوبة او يبوسة فكذلك (و يحتمل لآفة اصلية) يعني في اصل الخلقة (فلابد من مدة معرفة لذلك) يعني ان الآفة اصلية او معترضة (و قدرناها) اي قدرنا مدة التاجيل (بالسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة)(٢) اي لاشتمال السنة على اربعة فصول، الربيع و هو ما اذا كانت الشمس في الحمل و الثور و الجوزاء، و هو حار رطب على طبيعة الهواء. و الثاني الصيف، و هو ما اذا كانت الشمس في السرطان و الاسد و السنبلة، و هو حار يابس على طبيعة النار. و الثالث الخريف، و هو ما اذا كانت الشمس في الميزان و العقرب و القوس، و هو بارد يابس مثل طبيعة الارض، و الرابع الشتاء، و هو ما اذا كانت الشمس في الجدي و الدلو و الحوت، و هو بارد رطب على طبيعة الماء (فاذا مضت) اي السنة (و لم يصل اليها تبين ان العجز بآفة اصلية، ففات الامساك بالمعروف، و وجب التسريح بالاحسان فاذا امتنع) من المفارقة (ناب القاضي منابه، ففرق بينهما) دفعاً للظلم، لان القاضي هو انتصب لدفع الظلم (و لابد من طلبها، لان التفريق حقها) فاذا اختارت نفسها بعد مضي المدة فهل تقع الفرقة من غير تفريق الحاكم، ام يحتاج الى التفريق، فيه اختلاف الرواية عن اصحابنا فقال صاحب المختلف فان اختارت نفسها بانت منه في ظاهر

---

(١) و اما الرواية عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه فاخرجه ابن ابي شيبة ص٢٠٦ ج٤/٢ و عبدالرزاق ص٢٥٤ ج٦ و رجاله ثقات و سنن البيهقي ص٢٦٦ ج٧ و الدارقطني ص٣٠٦ ج٣ نحوه. و من آثار الباب اثر المغيرة بن شعبة رضي الله تعالى عنه انه اجل العنين سنة اخرجه ابن ابي شيبة ص٢٠٦ ج٤/٢ و سنده صحيح و الدارقطني ص٣٠٦ ج٣ و اخرج ابن ابي شيبة ص٢٠٧ ج٤/٢ و مابعده عن الحسن و الشعبي و النخعي و عطاء و سعيد بن المسيب انهم قالوا يؤجل العنين سنة كذا في الفتح و الزيلعي. (٢) الفصول الاربعة فعسى يوافق فصل منها طبعه فيزول ما به من المرض باعتدال الطبع كذا في الشروح الثلاثة.

و تلك الفرقة تطليقة بائنة، لان فعل القاضي اضيف الى فعل الزوج(١) فكانه طلقها بنفسه. و قال الشافعي رحمه الله تعالى هو فسخ، لكن النكاح لايقبل الفسخ عندنا ، و انما تقع بائنة لان المقصود و هو دفع الظلم عنها لايحصل الا بها لانها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة و لها كمال مهرها ان كان خلا بها ، فأن خلوة العنين صحيحة

الرواية، ثم قال روى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله تعالى انها اذا اختارت نفسها فرق القاضي بينهما و لاتقع الفرقة من غير تفريق، كذا ذكر الامام الاسبيجابي ايضاً في شرح الطحاوي. و قال التمرتاشي(٢) لو سال الزوج القاضي بعد السنة ان يوجل سنة اخرى او شهرا او اكثر لايفعل ذلك الا برضاها، فاذا رضيت ثم رجعت فلها ذلك، و يبطل الاجل. و لو وجدته عنيناً و لم تخاصم زماناً لم يبطل حقها، لان ذلك قد يكون للتجربة و الامتحان لا للرضى (و تلك الفرقة تطليقة بائنة) و به(٣) قال مالك و الثوري رحمهما الله تعالى و قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى فسخ لانه فرقة من جهتها، و القياس على الجب، قاله الماوردي من اصحابه. و لنا الفرقة من جهته (لان فعل القاضي اضيف اليه) اي الى الزوج لامتناعه عن الامساك بالمعروف، و الفرقة بالطلاق مشروعة بكتاب الله تعالى و الاجماع، و الفسخ مختلف فيه، فالحمل بالجمع اولى و لايستقيم قياسه على الجب، لان الجب كالعنة، فيكون قياس المختلف على المختلف (فكانه طلقها بنفسه) ان فكان الزوج طلقها بنفسه لاضافة فعل القاضي اليه (و قال الشافعي رحمه الله تعالى هو فسخ) اي تفريق القاضي بينهما فسخ للنكاح (و لكن النكاح لايقبل الفسخ عندنا) يعني(٤) بعد تمام العقد، اما قبل تمام العقد فيقبل ذلك كما في خيار البلوغ و خيار العتاقة، لان ذلك امتناع من تمام العقد (و انما تقع) اي الفرقة (بائنة، لان المقصود و هو دفع الظلم عنها لايحصل الا بها) اي بالبائنة (لانها) اي لان الفرقة (لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة) و هي التي لاتكون ذات زوج و لامطلقة. اما الاول فلفوات المقصود، و هو الوطء. و اما الثاني فلانها تحت زوج فلايحصل حينئذ دفع الظلم، و هو المقصود من فرقة العنين. (و لها كمال مهرها ان كان خلا بها، فان خلوة الغنين صحيحة) قيد به لانه لو لم يكن خلا بها يلزم نصف المهر. و قال الشافعي رحمه الله تعالى لايجب شيء من المهر و لا النفقة لانه فسخ

---

(١) إلى فعل الزوج – ن – الى الزوج – ن – اليه. (٢) قال التمرتاشي الخ كذا في الكفاية ص١٣٠ ج٤. (٣) و به قال مالك الخ كذا في فتح القدير و راجع الاوجز ص٤٢٥ ج٤ و المغني ص٦٠٤ ج٧. (٤) يعني الخ كذا في العناية.

و تجب العدة لما بينا من قبل، هذا اذا اقر الزوج انه لم يصل اليها و لو اختلف الزوج و المراة في الوصول اليها فان كانت ثيباً فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق الفرقة و الاصل هو السلامة في الجبلة ثم ان حلف بطل حقها، و ان نكل يؤجل سنة، و ان كانت بكراً نظر اليها النساء فان قلن هي بكر اجل سنة لظهور كذبه و ان قلن ثيب يحلف الزوج، فان حلف لا حق لها و ان نكل يؤجل سنة و ان كان مجبوباً فرق بينهما في الحال ان طلبت، لانه لا فائدة في التاجيل، و الخصي

عنده (و تجب العدة) بالاجماع (لما بينا من قبل) يعني في باب المهر(١) (هذا) اي تاجيل العنين سنة، و التفريق بعد السنة (اذا اقر الزوج انه لم يصل اليها) يعني كان مقراً بها في الاول (و لو اختلف الزوج و المراة في الوصول اليها) فقال الزوج وصلت و قالت المراة لم يصل الى (فان كانت) اي المراة (ثيباً فالقول قوله مع يمينه، لانه ينكر استحقاق حق الفرقة، و الاصل هو السلامة في الجبلة) اي سلامة الآلة في اصل الخلقة. و قال زفر و ابن ابي ليلى القول قولها (ثم ان حلف بطل حقها) فلايبقى لها خيار (و ان نكل) عن اليمين (يؤجل سنة. و ان كانت بكراً نظر اليها النساء، فان قلن هي بكر اجل سنة) لظهور كذبه (و ان قلن هي ثيب يحلف الزوج، فان حلف لا حق لها، و ان نكل يؤجل سنة) بعد ذلك و الواحدة في النظر تكفي، و الاثنتان احوط. و في البدائع اوثق، و في الاسبيجابي افضل. ثم كيف يعرف أنها بكر او لا. قالوا(٢) تدفع في فرجها اصغر بيضة من بيض الدجاج، فان دخلت بلاعنف فهي ثيب و الا فبكر. و قيل ان امكنها ان تبول على الجدار فبكر و الا فثيب. و في شرح الطحاوي اذا وقع الشك للنساء في امرها يفعل ذلك. و عن احمد في الثّيب يقال له اخرج المني، فان اخرجه و قالت ليس بمني يمتحن بالنار، فان تصادقا على انه مني يخرج به عن العنة، لان الغالب عدم خروّج مني العنين (و ان كان مجبوبا) اي و ان كان الزوج مجبوباً و هو الذي استوصل ذكره و خصيتاه من الجب و هو القطع (فرق بينهما في الحال ان طلبت) المراة (لانه لا فائدة في التاجيل) لانه لايرجى منه الوصول (و الخصي) من خصيت الفحل خصاء(٣) ممدوداً اذا سللت خصيتيه، و الجمع خصيان و خصية

---

(١) في باب المهر حيث قال و عليها العدة في جميع هذه المسائل احتياطا استحسانا لتوهم الشغل الخ. (٢) قالوا الخ كذا في الشروح الثلاثة. (٣) خصاء بكسر الخاء من باب ضرب، صيره خصيا الخصي الذي سلت خصيتاه و الجمع خصية و خصيان بكسر الخاء فيهما، الخصية عضو من الجسم يعرف بالبيضة و الجمع خصي بضم الخاء كمدية و مدى كذا في المنجد و اللسان و البحر.

يؤجل كما يؤجل العنين لان وطئه مرجو، و اذا اجل العنين سنة و قال قد جامعتها و انكرت نظر اليها النساء، فان قلن هي بكر خيرت، لان شهادتهن تايدت بمؤيد، و هي البكارة. و ان قلن هي ثيب حلف الزوج، فان نكل خيرت لتايدها بالنكول. و ان حلف لاتخير، و ان كانت ثيبا في الاصل فالقول قوله مع يمينه و قد ذكرناه، فاان اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لانها رضيت ببطلان حقها، و في التاجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح

(يؤجل كما يؤجل العنين، لان وطئه مرجو) فان حكمه حكم العنين (و اذا اجل العنين سنة و قال قد جامعتها و انكرت نظر اليها النساء، فان قلن هي بكر خيرت) اي يخيرها القاضي بدون يمينها، فلو اختارت الفرقة فرق القاضي بينهما، هكذا ذكر محمد في الاصل، و في المنتقى لو اختارت نفسها بانت منه، فعلى هذه الرواية لايحتاج الى قضاء القاضي لوقوع الفرقة (لان شهادتهن) اي شهادة النساء (تايدت) اي تقوت (بمؤيد) على وزن اسم الفاعل (و هي البكارة) اي المؤيدة لشهادتهن هي البكارة، اذ البكارة هي الاصل (و ان قلن هي ثيب حلف الزوج، فان نكل) اي عن اليمين (خيرت لتايدها بالنكول) اي لتايد دعوى المراة بنكول الزوج. فان اختارت(١) الزوج او قامت من مجلسها او اقامها اعوان القاضي، او قام القاضي قبل ان تختار شيئا بطل خيارها، لان هذا بمنزلة تخيير الزوج امراته، و ذلك موقت بالمجلس، فهذا مثله. فان اختارت نفسها في المجلس يؤمر الزوج بالتفريق، فان ابى فرق القاضي (و ان حلف لاتخير) لبطلان حقها (و ان كانت ثيباً في الاصل فالقول قوله مع يمينه، و قد ذكرناه) فيما مضى و هو قوله فالقول قوله مع يمينه، لانه ينكر استحقاق حق الفرقة، و الاصل هو السلامة في الجبلة (فان اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لانها رضيت ببطلان حقها. و في التاجيل يعتبر السنة القمرية هو الصحيح) اطلق محمد في الاصل، و لم يقيد بالقمرية و لا بالشمسية. قال في شرح الطحاوي و يعتبر سنة قمرية بالاهلة في ظاهر الرواية. و روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه يعتبر سنة شمسية، و هي تزيد على القمرية بايام. و ذهب(٢) السرخسي في شرح الكافي الى رواية الحسن اخذاً بالاحتياط. و قال الولوالجي في فتاواه العنين يؤجل سنة قمرية لا شمسية، و هو الصحيح، لان المنطوق هو السنة، و السنة تنصرف الى القمرية مطلقاً، و هي اقل من الشمسية باحد عشر يوماً. و ذكر الحلواني الشمسية ثلاثمائة و خمسة و ستون يوماً و ربع يوم و جزء من

---

(١) فان اختارت الخ كذا في الشروح الثلاثة. (٢) و ذهب السرخسي الخ كذا في الفتاوى الهندية ص٥٣٣ ج١ و الكفاية و الفتح.

و يحتسب بايام الحيض و بشهر رمضان لوجود ذلك في السنة و لايحتسب بمرضه و مرضها لان السنة قد(١) تخلو عنه. و اذا كان بالزوجة عيب فلاخيار للزوج. و قال الشافعي رحمه الله تعالى يرد بالعيوب الخمسة و هي الجذام

مائة و عشرين جزءاً من اليوم. و القمرية ثلاثمائة يوم و اربعة و خمسون يوماً (و يحتسب) اي المدة (بايام الحيض و بشهر رمضان) يعني لايعوض عن ايام الحيض و شهر رمضان الواقعة في مدة التاجيل، و ذلك لان الصحابة رضي الله تعالى عنهم قدروا مدة التاجيل سنة و لم يستثنوا منها ايام الحيض و شهر رمضان مع علمهم ان السنة لاتخلو عنها (لوجود ذلك في السنة) اي لوجود ما ذكر من ايام الحيض و شهر رمضان في السنة (و لايحتسب بمرضه و مرضها) اي لاتحتسب المدة بسبب مرضه و مرضها (لان السنة لاتخلو عنه) اي المرض، يعني لايكون زمان المرض محسوباً في مدة التاجيل قليلا كان المرض او كثيراً، بل يعوض ذلك من ايام اخر، و عن ابي يوسف اذا مرض احدهما مرضا لايستطيع الجماع معه، فان كان اقل من نصف شهر احتسب عليه، و ان كان اكثر لم يحتسب عليه. و في البدائع(٢) روى ابن سماعة عن ابي يوسف ان صح في السنة يوما او يومين احتسب عليه. و في رواية عنه ان ما فوق الشهر كثير لايحتسب. و في رواية عنه ان مدة الكثرة السنة. و في رواية عنه اكثر السنة. و عن محمد لو مرض في السنة يؤجل مقدار مرضه، و عليه الفتوى. و عن ابي يوسف لو حجت او هربت او غابت لايحتسب على الزوج، لانه من جهتها، و لو حج هو او غاب احتسب عليه. و لو حبس و امتنعت من المجيء الى السجن لم يحتسب عليه مدة الحبس، و كذا لو حبسه القاضي بمهرها، و لم يحضرها. و ان لم تمتنع، و كان في السجن موضع خلوة احتسب عليه، و ان لم يكن وطئها فيه لم تحتسب قال محمد ان كان محرماً يؤجل بعد احرامه. و لو رافعته و هو مظاهر فتعتبر المدة من حين المرافعة ان كان قادراً على الاعتاق و ان كان عاجزاً عنه امهله شهرين لعدم القدرة على الجماع فيهما و لو ظاهر بعد التاجيل لايلتفت اليه و لم يزد على المدة (و اذا كان بالزوجة عيب) اي عيب كان (فلاخيار للزوج) و به قال عطاء(٣) و النخعي و عمر بن عبد العزيز و ابوقلابة و ابن ابي ليلى و الاوزاعي و الثوري و ابوسليمان الخطابي و داود الظاهري. و في المبسوط و هو مذهب علي و ابن مسعود رضي الله تعالى عنهما (و قال الشافعي يرد بالعيوب الخمسة، و هي الجذام) و هو علة ردية

---

(١) قد - ن - لا. (٢) البدائع للكاساني كتاب النكاح ص٣٢٤ ج٢. (٣) قال عطاء تالخ كذا في الفتح لابن الهمام و راجع اعلاء السنن ص٢٤٩ ج١١ و تكملة شرح المهذب باب الخيار في النكاح و الرد بالعيب ص٢٦٥ ج١٦ و المغني ص٥٧٩ ج٧ و مابعده.

و البرص و الجنون و الرتق و القرن لانها تمنع الاستيفاء حسا و طبعاً، و الطبع مؤيد بالشرع قال عليه الصلوة و السلام فر من المجذوم فرارك من الاسد.

تحدث من انتشار المرة السوداء (و البرص) و هو بياض يظهر في البدن، و يكون في بعض الاعضاء دون بعض و ربما يكون في سائر الاعضاء، حتى يكون ظاهر البدن كله ابيض، و سببه سوء مزاج العضو الى البرودة و غلبة البلغم (و الجنون) و هو زوال العقل (و الرتق) و هو مصدر من قولك امرأة رتقاء بينة الرتق لايستطاع جماعها بان لايكون لها نقب سوى المبال (و القرن)(١) بسكون الراء، و هو مانع يمنع من سلوك الذكر في الفرج من عظم او غيره (لانها) اي لان هذه العيوب (تمنع الاستيفاء حساً) اي من حيث الحس في القرن و الرتق (او طبعاً) اي او من حيث الطبع في الجذام و البرص و الجنون، لان الطباع السليمة تنفر من جماع هولاء، و ربما يسري الى الاولاد (و الطبع مؤيد بالشرع) اي يمنع الاستيفاء من حيث الطبع، و قد تايد بالشرع حيث و رد فيه الامتناع منه، اشار اليه بقوله (قال عليه الصلوة و السلام فر من المجذوم فرارك من الاسد) هذا الحديث اخرجه البخاري(٢) تعليقاً عن سعيد بن ميناء عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا عدوي و لا طيرة و لا هامة و لا صفر، و فر من المجذوم فرارك من الاسد او قال من الاسود. و قال الكاكي ناقلاً عن ابن حزم هذا الحديث غير صحيح لانه لايجب على احد ان يفر من المجذوم، و يجوز الجلوس عنده و يثاب على تمريضه و خدمته و القيام بمصالحه، و لهذا لو حدث ذلك بعد سنين لاينفسخ النكاح فان قلت استدل الشافعي رحمه الله تعالى ايضا بان النبي صلى الله عليه وسلم تزوج(٣) امرأة من بني بياضة

---

(١) القرن - و في الغناية القرن بسكون الراء قال في المغرب و هو اما غدة غليظة او لحمة مرتفعة او عظم تمنع من سلوك الذكر في الفرج و امراة قرناء بها ذالك انتهى و كذالك في الكفاية. (٢) البخاري كتاب الطب - باب الجذام و لفظه و قال عفان حدثنا سليم بن حيان قال حدثنا سعيد بن ميناء سمعت اباهريرة يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعدوي الحديث و قال العيني في عمدة القاري ص٢٤٧ ج٢١ و عفان بن مسلم من شيوخ البخاري و لكن اكثر ما يخرج عنه بواسطة و هذا تعليق صحيح و وصله ابونعيم من طريق ابي داود الطيالسي و ابوقتيبة كلاهما عن سليم بن حيان الخ ثم اجاب العيني بستة وجوه عن الاشكال الذي يرد على حديث الباب بان قوله لاعدوي يخالف قوله فر من المجذوم ظاهرا و كذا اجيب عنه في حاشيته البخاري ص٠ ٨٥ ج٢ عن فتح الباري مفصلا. و اخرج هذا الحديث الامام احمد في مسنده ص٤٤٣ ج٢ و البيهقي في سننه باب اعتبار السلامة في الكفائة ص١٣٥ ج٧ و باب لايورد ممرض على مصح ص٢١٨ ج٧ و ابن ابي شيبة في مصنفه باب من كان يتقي المجذوم ص١٣٢ ج٨ و كتاب الادب ص٤٤ ج٩ و نصب الراية ص٢٥٥ ج٣ و فتح القدير ص١٣٣ ج٤. (٣) تزوج امرأة الحديث اخرجه البيهقي في سننه باب مايرد به النكاح من العيوب ص٢١٤ ج٧.

و لنا ان فوت الاستيفاء اصلا بالموت لايوجب الفسخ، فاختلاله بهذه العيوب اولى.

فوجد بكشحها بياضاً فردها، و قال دلستم علي. قلت اجاب الاترازي عن هذا بان المراد من رد النبي صلي الله عليه وسلم هو الرد بالطلاق، و قال الكاكي(١) هو رواية جميل بن زيد عن زيد بن كعب بن عجرة و هو متروك، و زيد مجهول لايعلم لكعب بن عجرة ولد اسمه زيد فان قيل روي(٢) عن عمر رضي الله تعالى عنه الرد بالجنون و الجذام و البرص. قال الكاكي هذه رواية مكذوبة من طريق عبدالله بن حبيب، و هو هالك. و قال الاترازي معناه الرد بالطلاق (و لنا ان فوت الاستيفاء اصلا بالموت لايوجب الفسخ، فاختلاله بهذه العيوب اولى) اي فوت الاستيفاء بالكلية بموت احد الزوجين لايوجب الفسخ، حتى لايسقط شيء من المهر. قوله - فاختلاله - اي فاختلال الاستيفاء بهذه العيوب المذكورة اولى ان لايوجب الفسخ، لان الاستيفاء هاهنا يتأتى، و

(١) و قال الكاكي الخ و قد تكلم على ضعف هذا الحديث بالبسط في تكملة شرح المهذب باب الخيار في النكاح والرد بالعيب ص٢٦٦ ج١٦ و راجع الجوهر النقي علي البيهقي ص٢١٤ ج٧. (٢) روى عن عمر رضي الله تعالى عنه اخرج البيهقي نحوه في السنن ص٢١٤ ج٧ و عبدالرزاق في مصنفه باب ما رد من النكاح ص٢٤٤ ج٦ و الدارقطني باب المهر ص٢٦٦ ج٣ و قال صاحب الجوهر النقي ص٢١٤ ج٧ ثم ان الشافعية خالفوا هذا الاثر في مواضع منها انه أوجب الصداق و الصحيح المنصوص عندهم وجوب مهر المثل و منها انه اوجب الرجوع على الولي و الجديد الاظهر عندهم انه لارجوع و منها انه ساكت عما قبل المسيس و هم فسخوا قبله و بعده انتهى. و في اعلاء السنن ص٢٥٠ ج١١ مع حاشيته و ايضا فان عمر رضي الله تعالى عنه قضى بالتفريق (كما في رواية الدارقطني ص٢٦٧ ج٣ فرق بينهما) و هو يحتمل ان يكون فسخا او تطليقا فمن اين يقول الخصم بالفسخ من غير تطليق فان الاحتمال يهدم الاستدلال و قد صح عن علي رضي الله تعالي عنه ايما امرأة تزوج امرأة مجنونة او جذماء او بها برص او قرن فهي امرأته ان شاء امسك و ان شاء طلق رواه الدارقطني ص٢٦٧ ج٣ و اسناد هذا الاثر صحيح. و في العناية ص١٣٤ ج٤ و قوله عليه الصلوة و السلام فر من المجزوم مخمول على الفرار بالطلاق و كذا ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة فوجد على كشحها بياضا فردها محمول على الطلاق لانه روى انه عليه الصلوة و السلام قال لها الحقي باهلك و هذا من كنايات الطلاق و كذا ما روى عن عمر رضي الله تعالى عنه انه اثبت لها الخيار بهذه العيوب و مذهبنا مروي عن علي و ابن مسعود رضي الله تعالى عنهما انتهى. و في الجوهر النقي على البيهقي ص٢١٥ ج٧ قال ابن حزم رحمه الله تعالى (بالسند) قال على رضي الله تعالى عنه ايما رجل تزوج مجنونة او جذماء او برصاء او بها قرن فهي امراته ان شاء طلق و ان شاء امسك و ذكر مثل ذالك عن النخعي و عمر بن عبد العزيز و ابي قلابة و ذكر عن عطاء فيمن تزوج فلما دخل بدا لها منه برص او جذام قال عطاء لاتنزع عنه و هو قول ابي الزناد و ابي حنيفة و ابي يوسف و الثوري و ابن ابي ليلى و داود و اصحابنا انتهى.

و هذا لان الاستيفاء من الثمرات و المستحق هو التمكن، و هو حاصل و اذا كان بالزوج جنون او برص او جذام فلاخيار لها عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى لها الخيار دفعاً للضرر عنها كما في الجب و العنة، بخلاف جانبه، لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق. و لهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال

مقصود النسل يحصل غير انه يوجب نفرة طبعية و ذا لايوجب الرد كالبخر و القروح الفاحشة، قيل فيما قاله المصنف ضعف، لان النكاح موقت بحياتهما (و هذا) اي كون هذه العيوب لايوجب الفسخ (لان الاستيفاء) اي الوطء (من الثمرات) اي ثمرات النكاح و فوات الثمرة لايؤثر في عقد النكاح. الا ترى انه لو لم يستوف لبخر او دفر او قروح فاحشة لم يكن له حق الفسخ فيها (و المستحق هو التمكن) اي المستحق بالعقد هو التمكن من الوطء (و هو) اي التمكن من الوطء (حاصل) في جميع الصور. و اما الجذام و البرص و الجنون فظاهر. و اما في الرتق و القرن فبالفتق و الشق، و لايرد الفسخ لعدم الكفاءة و خيار البلوغ، لان ذلك فسخ قبل تمام العقد، و ذلك امتناع من تمام العقد، و كذلك الفسخ بخيار العتاقة، لان ذلك امتناع من ازدياد الملك عليها قبل التمام و النكاح لايحتمل الفسخ بعد تمامه. الا ترى انه لايحتمل الفسخ بالاقالة، فلايفسخ بهذه العيوب، كما لايفسخ بالعيوب الاخر من الزمانة و الجرب و البخر و الدفر والعمي و الشل قال ابن حزم رحمه الله تعالى في المحلي اما المالكيون و الشافعيون فقد خصوا الرد بالعيوب المذكورة، فبطل قياسهم بالبيع، فكيف يشبه بالنكاح البيع و البيع خلافه، فانه نقل ملك الرقبة و لانقل في النكاح، و النكاح يصح من غير ذكر بدل، و البيع لايصح، و قالوا لاتطيب النفس بجماع برصاء و لامجذومة، و لايقدر على جماع الرتقاء و القرناء، و انما يزوجهما للوطء. قلنا طيب النفس على الجماع ليس بشرط، فان نكاح العجوزة الشوهاء الصماء البكماء العمياء عمرها مائة سنة او مريضة بالدق و السل لابرء منه عند الاطباء يجوز، و هذا مما لاشك فيه من العقلاء لما امر الله تعالى به و هو الامساك بالمعروف أو تسريح باحسان و لم يات ظن صحيح فيما لايتوقف عنده (و اذا كان بالزوج جنون او برص او جذام فلاخيار لها عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى لها الخيار) و به قال الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى (دفعا للضرر عنها، كما في الجب و العنة) اي كما كان لها الخيار في الجب و العنة، فتخير دفعاً للضرر عنها، حيث لاطريق لها سواه (بخلاف جانبه) اي جانب الزوج (لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق) لان بالطلاق يندفع الضرر عنه (و لهما) اي لابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى (ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال

حق الزوج، و انما يثبت في الجب و العنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح، و هذه العيوب غير مخلة به ، و الله اعلم بالصواب.

حق الزوج) برفع النكاح (و انما يثبت الخيار في الجب و العنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح) اي المقصود الذي شرع النكاح لاجله، و ذلك المقصود هو الوطء لان شرعية النكاح لاجل الوطء (و هذه العيوب غير مخلة به) اي بالوطء (فافترقا) اي افترق المقيس و هو الجنون و الجذام و البرص و المقيس عليه و هو الجب و العنة. فان قيل(١) جعل المصنف الوطء فيما اذا كان بالمراة من العيوب الخمسة من الثمرات، و لم يثبت له خيار الفسخ. و في مسألة الجب و العنة جعله المقصود المشروع له النكاح، و يلزم من ذلك ان يكون المقصود المشروع له النكاح، و ان لايكون ذلك باعتبار الموضعين، و هو تحكم. اجيب بان هذا السوال نشأ من تفسير المشروع له النكاح بالوطء، و ليس ذلك بمراده، و انما المراد به التمكن، و هما يخلان به، بخلاف العيوب الثلاثة و الله اعلم.

---

(١) فان قيل جعل الخ كذا في العناية و نحوه في الفتح.

باب العدة

(باب العدة)

اي هذا باب في بيان احكام العدة و لما كان(١) اثر الفرقة بالطلاق وغيره اعقبها بذكر وجوه التفريق في باب على حدة، لان الاثر يعقب بالمؤثر. و العدة في اللغة ايام اقراء المرأة. و في الشريعة تربص يلزم المراة عند زوال ملك المتعة متأكدا بالدخول او الخلوة او الموت. و قيل هي عبارة عن تربص المراة بعد زوال النكاح او شبهته، و يقال عددت الشيء اعده، اي احصيته قال الله تعالى و احصوا العدة(٢) و العدة بالضم(٣) الاستعداد و التهيؤ للامر. و العدة ايضا ما اعددته لحوادث الدهر من المال و السلاح و العدة بالفتح اسم للمرأة من العد و في المنافع العدة بمعنى المعدود، سمي زمان التربص بها لانها تعد الايام المضروبة عليها في الشرع. و سبب العدة نكاح متأكد بالدخول او بالموت. و ركنها حرمات ثابتة الى اجل و هي تكون بشهور و حيض و وضع حمل. و شرطه الفرقة بطلاق وغيره. و حكمها عدم جواز الغير(٤) و اختها و اربع سواها، و ما يجري مجراها. و محظوراتها كالزينة و التطيب في المبانة و الخروج عن البيت عموماً و العدة(٥) على اربعة عشر وجها، عدة بثلاثة قروء، و هي عدة الحرة المطلقة ذات الحيض. و عدة بثلاثة اشهر و هي عدة الحرة المطلقة التي لاتحيض صغيرة كانت او كبيرة و باربعة اشهر و عشرة ايام، و هي عدة المتوفى عنها زوجها. و عدة بشهرين و خمسة ايام، و هي عدة الامة المتوفى عنها زوجها. و عدة بثلاث حيض و اربعة اشهر و عشرة ايام، و هي تتصور في اربع مواضع، فيمن طلق زوجته الحرة طلاقاً بائناً، و هو مريض ثم مات في عدتها ترث عنه، او كانت له امراتان او ثلاث او اربع، فقال احداكن طالق، فمات قبل البيان يجب على كل واحدة منهن اربعة اشهر و عشراً فيستكمل فيها ثلاث حيض، و ام ولد لرجل هي منكوحة لآخر فمات المولى و الزوج، و بين موتهما شهران و خمسة ايام و لايعلم ايهما مات اولا فعدتها اربعة اشهر و عشرة ايام فتستكمل فيها ثلاث حيض و ان لم يعلم ان بين موتهما كم كان و لا من مات اولا فعدتها اربعة اشهر و عشر تستكمل فيها ثلاث حيض عند ابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى و عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى عدتها اربعة اشهر و عشر لا حيض فيها. و كذلك ان علم ان بين موتهما اقل من

---

(١) و لما الخ كذا في العناية و راجع فتح القدير و البحر و عمدة القاري كتاب العدة ص٣٠٣ ج٢٠. (٢) و احصوا العدة الطلاق -١. (٣) العدة بالضم الخ كذا في لسان العرب. (٤) عدم جواز الغير الخ و في البحر ص١٣٩ ج٤ و حكمها حرمة نكاحها على غيره و حرمة نكاح اختها و اربع سواها الخ. (٥) و العدة الخ راجع لبعض هذا البحث البدائع للكاساني ص٢٠٢ ج٣ و ماحوله و المبسوط للسرخسي ص٣٠ ج٦ و مابعده.

و اذا طلق الرجل امراته طلاقا بائنا او رجعيا او وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق

شهرين و خمسة ايام فعدتها اربعة اشهر و عشر لا حيض فيها بلا خلاف. و ان مات المولى اولا و هي تحت زوج او في عدة منه من طلاق رجعي ثم مات الزوج فتعتد باربعة اشهر و عشرة ايام، و ان كانت العدة من طلاق بائن لاتلزمها عدة الوفاة. و عدة بوضع الحمل، و هي عدة الطلاق و الوفاة و العتاق بوضع الحمل اذا كانت حاملاً فان بقي الحمل الى سنتين من يوم طلقها ثبت نسبه، و تنقضى العدة بوضع الحمل. و ان جاءت به لاكثر من سنتين بيوم لايثبت نسبه، و يحكم بانقضاء العدة بعد ستة اشهر، و ترد نفقتها ان كانت قبضتها في قول ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال ابويوسف رحمه الله تعالى تنقضي عدتها بوضع الحمل، و ان لم يثبت نسبه، و عدة الى ستين سنة، و صورته ان ينقطع حيضها بعد الطلاق تصبر الى ان يصير سنها ستين ثم تعتد بثلاثة اشهر، ثم تزوج. و كذلك لو اعتدت بقرءين ثم انقطع الحيض تصبر الى ان يصير سنها ستين سنة ثم تعتد بثلاثة اشهر، و ان كانت عدة امها و اخواتها انقطاع الحيض قبل ستين سنة يؤخذ بعادتهن. و ان كانت عادتهن انقطاع الدم بعد ستين لايؤخذ بذلك، و يؤخذ بستين و عدة الى شهرين و تسعة و عشرين يوما و ثلاث حيض بعدها، و هي عدة صغيرة طلقها زوجها فمضت ثلاثة اشهر الا يوما ثم حاضت فما لم تحض ثلاث حيض لاتنقضي عدتها، او كانت يائسة فاعتدت بثلاثة اشهر الا يوما ثم حاضت، فما لم تحض ثلاث حيض لاتنقضي عدتها. و عدة بجميع العمر، و هي عدة امرأة المفقود ما لم يمت اقران زوجها لايرفع النكاح، قال بعضهم الى مائة سنة. و قال بعضهم الى مائة و عشرين سنة. و عدة بثلاث حيض الا يوما فمات الزوج يلزمها اربعة اشهر و عشر و عدة بقرأين الا يوما و شهرين و خمسة ايام، و صورته طلق الرجل امرأته الامة رجعية فاعتدت بقرأين الا يوما فمات زوجها يلزمها شهران و خمسة ايام و عدة بثلاث حيض في الحياة و الوفاة، و صورته رجل اعتق ام ولده او مات عنها او وطئ امراة في نكاح فاسد او شبهة عقد ففرق بينهما او مات عنها تعتد عنه بثلاثة اقراء، فان ايست ام ولد و الموطوءة في نكاح فاسد او شبهة عقد من صغر او كبر فعدتهن بثلاثة اشهر في الوفاة و الحياة جميعاً كذا ذكره ابو الليث في خزانة الفقه (و اذا طلق الرجل امراته طلاقا بائناً او رجعياً) قال الكاكي لم يذكر(١) في بعض النسخ - او رجعياً - و لابد من ذكره. و قال الاترازي لم يذكر قوله - او رجعياً - في هذا لموضع في اكثر النسخ، لان الطلاق الرجعي مر حكمه، و مقدار عدته في باب الرجعة (او وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق) و هي الفرقة(٢) بخيار البلوغ و العتاقة و

---

(١) لم يذكر الخ كذا في الفتح و الكفاية. (٢) و هي الفرقة الخ كذا في الفتح وغيره.

و هي حرة ممن تحيض فعدتها ثلاثة اقراء لقوله تعالى و المطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء و الفرقة اذا كانت بغير طلاق فهي في معنى الطلاق، لان العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح، و هذا يتحقق فيها، و الاقراء الحيض عندنا.

عدم الكفاءة و ملك احد الزوجين صاحبه و الفرقة في النكاح الفاسد و الردة (و هي حرة) اي و الحال ان المراة حرة كائنة (ممن تحيض فعدتها) مبتدأ، و قوله (ثلاثة اقراء) خبره و الجملة جواب قوله اذا و لم يذكر الدخول في الطلاق بناء على الاصل اذ الاصل في النكاح الدخول، لان العدة لاتجب على غير المدخول بالنص (لقوله تعالى و المطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء)(١) و المراد بهن المدخولات بهن من ذوات الحيض، و هي خبر في معنى الامر، و اصل الكلام فليتربصن المطلقات. قال المكتون لام الامر محذوف، فاستغنى عن ذكره و اخراج الامر(٢) في صورة الخبر تاكيد الامر، و اشعار بانه مما يجب ان يتلقى بالمسارعة الى امتثاله، و نحوه قولهم في الدعاء رحمك الله اخرج في صورة الخبر ثقة بالاستجابة كانما وجدت الرحمة، فهو مخبر عنها، و بناؤه على المبتدأ يدل على زيادة التاكيد. و لو قيل يتربص المطلقات لم يكن بتلك الوكادة لان الجملة الاسمية تدل على الدوام و الثبات، بخلاف الفعلية. و في ذكر الانفس(٣) تهييج لهن على التربص، و زيادة بعث اذ انفسهن طوامح الى الرجال، فامرن ان يقمعن انفسهن، و يغلبنها على الطموح و يجبرنها على التربص، و انتصب ثلاثة على الظرف، اي يتربصن مدة ثلاثة قروء. و جاء المميز على جمع الكثرة دون القلة التي هي الاقراء لجواز استعمال احد الجمعين مكان الآخر لاشتراكهما في الجمعية، و لعل القروء اكثر من جمع قرء على الاقراء، فاوثر عليه تنزيلا لقليل الاستعمال منزلة المهمل (و الفرقة اذا كانت بغير طلاق) قد مر عن قريب ان الفرقة غير الطلاق (فهي في معنى الطلاق، لان العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم) حتى لايشتبه النسب (في الفرقة الطارئة على النكاح، و هذا) المعنى(٤) (يتحقق فيها) اي في الفرقة بغير طلاق، لكن هذا فيما اذا كانت المراة مدخولة، لان غير المدخولة لا عدة عليها، سواء كانت الفرقة بطلاق او بغير طلاق، و الخلوة جعلت كالدخول فاسدة كانت او صحيحة في حق العدة احتياطاً استحساناً لتوهم الشغل (و الاقراء الحيض عندنا) و هو قول الخلفاء(٥) الاربعة و العبادلة و ابي بن كعب و

---

(١) ثلثة قروء البقرة - ٢٢٨. (٢) و اخراج الامر الخ كذا في الكفاية عن الكشاف ص٢٧١ ج١. (٣) و في ذكر الانفس الخ كذا في الكشاف. (٤) و هذا المعنى اي التعرف عن براءة الرحم. (٥) و هو قول الخلفاء الخ راجع فتح القدير ص١٣٧ ج٤ و عمدة القاري كتاب العدة باب قول الله تعالى و المطلقات يتربصن الخ ص٣٠٦ ج٢٠ و الاوجز ماجاء في الاقراء في عدة الطلاق ص٤٠٥ ج٤ و المغنى ص٨٢ ج٩ و تكملة شرح المهذب =>

معاذ بن جبل و ابي الدرداء و عبادة بن الصامت و زيد بن ثابت و ابي موسى الاشعري. و زاد

=>كتاب العدد ص١٣٢ ج١٨ و اعلاء السنن ابواب العدة ص٢٥٢ ج١١ و فتح الباري ص٥٩٥ ج٩ قال الشيخ العثماني رحمه الله تعالى في اعلاء السنن ص٢٥٢ ج١١ ابواب العدة باب ان الاقراء هي الحيض أنا محمد بن المثنى ثنا سفيان عن الزهري عن عمرة عن عائشة "ان أم حبيبة كانت تستحاض فسألت النبي عليه الصلوة و السلام، فامرها ان تترك الصلاة قدر اقرائها و حيضها" رواه النسائى بسند جيد (الجوهر النقي ٣ : ١٣١) عن عمرة عن عائشة رضي الله تعالى عنها: ان ام حبيبة استحيضت فذكرت شأنها لرسول الله صلي الله عليه وسلم فقال لتنظر قدر قرئها التي كانت تحيض لها الحديث رواه النسائي بسند رجاله ثقات (الجوهرالنقي، السابق). عن عائشة رضي الله عنها مرفوعا: "طلاق الامة تطليقتان و قرؤها حيضتان رواه ابوداود و الترمذي وابن ماجة و صححه الحاكم و قد مر مع ما يتعلق بسنده في باب طلاق الامة ثنتان. عن عائشة رضي الله عنها قالت: "أمرت بريرة أن تعتد بثلاث حيض" رواه ابن ماجه بسند جيد (الجوهر النقي ٢ : ١٣٢)(١٣٢) و قال الحافظ في بلوغ المرام: رواته ثقات لكنه معلول كذا في النيل (٦ : ٢٢٣) قلت: فاختلف الاحتجاج. و الاختلاف غير مضر و لا اقل من ان يستشهد به. و في هامش اعلاء السنن باب ان الاقراء هي الحيض قال المؤلف: الحديثان الاولان من الباب قد استعمل لفظ القرء فيهما بمعنى الحيض قال في الجوهر النقي (٢ : ١٣١) "و اذا ثبت اطلاقه عليه االصلوة و السلام القرء على الحيض حمل الآية على ذلك" الخ قلت: و لم ار في حديث مرفوع استعمل لفظ القرء بمعنى الطهر. و الحديثان الاخيران من الباب صريحان في ان المغتبر في العدة الحيض دون الطهر. ثم رأيت في نيل الاوطار (٦ : ٢٢٤) ما نصه: و زعم كثير ان القرء مشترك بين الحيض والطهر، و قد انكر صاحب الكشاف اطلاقه على الطهر. و قال ابن القيم: ان لفظ القرء لم يستعمل في في كلام الشارع الا للحيض، و لم يجئ عنه في موضع واحد استعماله للطهر، فحمله في الآية على المعهود المعروف من خطاب الشارع اولى بل يتعين، فانه قد قال للمستحاضة: "دعى الصلاة ايام اقرائك" و هو صلى الله عليه وسلم المعبر عن الله، و بلغة قومه نزل القرآن، فاذا اورد المشترك في كلامه على احد معنييه وجب حمله في سائر كلامه عليه. اذا لم يثبت ارادة الآخر في شيء من كلامه البتة، و يصير هو لغة القرآن التي خوطبنا بها، و ان كان له معنى آخر في كلام غيره الخ. ثم نقل صاحب النيل اختلاف الصحابة في معنى القرء. لكن انت تعلم أن قول النبي صلي الله عليه وسلم مقدم على قول كل احد، و ايضا فان الاجلة من الصحابة قالوا بمثل قولنا ان الاقراء هي الحيض دون الاطهار. قال محمد في الموطأ (باب انقضاء الحيض ص٢٧٢) اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم، ان رجلا طلق امراته تطليقة يملك الرجعة، ثم تركها حتى انقطع دمها من الحيضة الثالثة، و دخلت مغتسلها و ادنت ماءها. فاتاها. فقال لها: قد راجعتك فسالت عمر بن الخطاب عن ذلك و عنده عبدالله بن مسعود فقال عمر: قل فيها برايك فقال اراه يا امير المؤمنين احق برجعتها ما لم تغتسل من حيضتها الثالثة. فقال عمر رضي الله عنه و انا ارى ذلك ثم قال عمر =>

و قال الشافعي رحمه الله تعالى الاطهار، و اللفظ حقيقة فيهما اذ هو من الاضداد. كذا قال(١) ابن السكيت

ابوداود و النسائي معبد الجهني و عبدالله بن قيس رضي الله تعالى عنهم، و هو قول طاووس و عطاء و ابن المسيب و سعيد بن جبير و الحسن بن حي و شريك بن عبدالله القاضي و الحسن البصري و الثوري و الاوزاعي و ابن شبرمة و ابي عبيدة و ربيعة و مجاهد و مقاتل و قتادة و الضحاك و عكرمة و السدى و اسحاق و احمد و اصحاب الظاهر. و قال احمد كنت اقول الاطهار ثم وقعت بقول الاكابر. و قال(٢) ابوبكر الرازي و اليه انتهت رياسة الحنفية ببغداد بعد ابي الحسن الكرخي ان الشعبي روى عن ثلاثة عشر من الصحابة ان الرجل احق بامراته ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة (و قال الشافعي رحمه الله تعالى الاطهار) اي عند الشافعي الاقراء هي الاطهار، و به قال مالك رحمه الله تعالى و يروى ذلك عن عائشة و ابن عمر و زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنهم و فائدة الخلاف فيما اذا طلقها في الطهر لاتنقضي عدتها ما لم تطهر من الحيضة الثلاثة عندنا، و عنده تطهر كما ترى قطرة من الدم من الحيضة الثالثة، يعني كما شرعت في الحيضة الثالثة (و اللفظ) اي لفظ القروء (حقيقة فيهما) اي في الطهر و الحيض (اذ هو) اي لفظ القرء (من الاضداد) جاء بمعني الحيض و الطهر جميعاً (كذا قاله ابن السكيت) وغيره من

=> لعبد الله بن مسعود: كنيف ملئ علما (هذا سند صحيح مرسل، و ارسال النخعي مقبول عندهم جميعاً) قال محمد اخبرنا سفيان بن عيينة عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب قال: قال على رضي الله عنه هو احق بها حتى تغتسل من حيضتها الثالثة (و هذا سند صحيح متصل) اخبرنا عيسى بن ابي عيسى الخياط المديني عن الشعبي عن ثلاثة عشر من اصحاب رسول الله صلي الله عليه وسلم كلهم قالوا الرجل احق بامراته حتى تغتسل من حيضتها الثالثة. قال عيسى: و سمعت سعيد بن المسيب يقول مثل ذلك. قال محمد: و بهذا ناخذ و هو قول ابي حنيفة و العامة من فقهائنا الخ (٢٧٣). و هذا السند فيه عيسى متكلم فيه. ضعفه الجمهور لسوء حفظه. و لكن محمدا احتج به، و هو امام مجتهد، فكان ذلك توثيقاً له منه، او نقول ذكره اعتضادا فيعتبر به و يستشهد. و يؤيد ما قلنا ان الله تعالى بعد ما عمم المطلقات في سورة البقرة بقوله "و المطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء" قال في سورة الطلاق: " و اللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر". فذكر مقدار عدة الآيسة واشار بذكر المحيض الى ان المراد بالقرء في الآية السابقة هو الحيض وان الثلاثة الاشهر قائمة مقام الحيض الثلاث فافهم. و فيه اشارة ايضا الى ان الشهر الواحد لايحتمل اكثر من حيضة واحدة كما لايخفى انتهى. و فتح الباري ص٥٩٥ ج٩. (١) قال -ن- قاله. (٢) قال ابوبكر الخ و قال الامام محمد رحمه الله تعالى في المؤطا باب انقضاء الحيض ص٢٧٢ اخبرنا عيسى بن ابي عيسى الخياط المديني عن الشعبي عن ثلاثة عشر من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كلهم قالوا الرجل احق بامرأته حتى تغتسل من حيضتها الثالثة انتهى.

و لاينتظمهما جملة للاشتراك، و الحمل على الحيض اولى، اما عملاً بلفظ الجمع لانه لو حمل على الاطهار و الطلاق يوقع في طهر لم يبق جمعاً، او لانه معرف لبراءة الرحم و هو المقصود او لقوله عليه الصلوة و السلام و عدة الامة حيضتان

اهل اللغة(١) و قال الجوهري هو من الاضداد كالجوف للظلمة و النور و الصريم لليل و النهار (و لاينتظمهما) اي و لايشمل المعنيين (جملة للاشتراك) لانه لا عموم للمشترك بين الاضداد بالاجماع، و لانه وقع الاختلاف في المراد من الآية في الصحابة، و ما حمله احد عليهما فحل مخل الاجماع في انه لاينتظمهما. و قال الاكمل(٢) و لايبعد ان يكون غرض المصنف بكونه من الاضداد اشارة الى نفي قول من قال انه مجاز في احدهما، لانه لابد للمجاز من مناسبة، و كونه من الاضداد ينفيها، فلما كان الامر كذلك اشار بقوله: (و الحمل على الحيض اولى) لمعان كثيرة، احدها و هو قوله (اما عملاً بلفظ الجمع) يعني بالقروء المذكور في الآية جمع قرء، بفتح القاف(٣) كذا قال الجوهري و جمعه اقراء و قروء. و روى بضم القاف ايضا، قاله الزمخشري. و وجه العمل بلفظ الجمع ان اقل الجمع ثلاثة، فلايتحقق ذلك الا اذا حملناه على الحيض لا على الطهر (لانه لو حمل على الاطهار، و الطلاق يوقع في طهر لم يبق جمعاً) بيانه(٤) ان اقل الجمع ثلاثة و ذلك انما يتحقق عند الحمل على الحيض لا على الطهر، لان السنة في الطلاق ان يوقع في الطهر، ثم هو محتسب من الاقراء عند من يقول بالاطهار، فيكون حينئذ مدة عدتها قرأين و بعض الثالث و لفظ الثلاثة في قوله تعالى ثلاثة قروء خاص لكونه وضع لمعنى معلوم على الانفراد، و هو لايحتمل النقصان فان قلت الجمع يطلق على اثنتين و بعض الثالث، كما في قوله عزوجل الحج اشهر معلومات(٥) و المراد شهران و بعض الثالث. قلت ذا بطريق المجاز على خلاف الاصل بالاجماع، فلايقاس عليه غيره، مع ان ذلك انما يستقيم(٦) في جمع غير مقرون بالعدد، و هنا مقرون بالعدد، و هو الثلاثة، و هو لفظ خاص لعدد معلوم فلايحتمل غيره. و اشار الى المعنى الثاني بقوله (او لانه) اي او لان الحيض (معرف لبراءة الرحم) اذ تعرف براءة الرحم يحصل بالحيض لا بالطهر، لان الحمل طهر ممتد، فيجتمعان، فلايحصل التعرف بانها حامل او حائل (و هو) اي التعرف (المقصود) و اشار الى المعنى الثالث بقوله (او لقوله عليه الصلوة و السلام) اي او لقول النبي صلى الله عليه وسلم (و عدة الامة حيضتان) هذا الحديث قد مضى في

(١) اهل اللغة كابن منظور في اللسان حيث بينه بالبسط و التفعيل حسب دابه. و ابن الاثير في النهاية. (٢) الاكمل – في العناية. (٣) بفتح القاف و في روح المعاني و القروء جمع قرء بالفتح و الضم و الاول افصح. (٤) بيانه الخ كذا في العناية. (٥) معلومات – البقرة – ١٩٧. (٦) انما يستقيم الخ كذا في الكفاية.

فيلحق بياناً به. و ان كانت ممن لاتحيض من صغر او كبر فعدتها ثلاثة اشهر لقوله تعالى و اللائى يئسن من المحيض من نسائكم الآية و كذا التي بلغت بالسن

كتاب الطلاق قبل باب ايقاع الطلاق باربعة اسطر(١) و مضى الكلام فيه هناك. و الحاصل ان المصنف استدل به على ان القرء اسم للحيض، لان الرق انما يؤثر في التنصيف لا في النقل من الطهر الى الحيض (فيلحق) اي هذا الحديث (بيانا به) اي من حيث البيان، بيانه انه خبر الواحد، و ان كان لايصلح به الزيادة على كتاب الله تعالى يصلح بياناً لما فيه من الاجمال و الاشتراك، فكان قوله عليه الصلوة و السلام عدتها حيضتان، بياناً للمشترك في قوله تعالى ثلاثة قروء فكانت الحيضة هي المرادة. (و ان كانت ممن لاتحيض من صغر او كبر فعدتها ثلاثة اشهر) تقوم مقام ثلاث حيض في التي لاتحيض، و هذا بالاجماع (لقوله تعالى و اللائى يئسن من المحيض(٢) الآية) و هو قوله تعالى و اللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر لكن حذف للدلالة المذكورة قوله تعالى ان ارتبتم ان شككتم في دم البالغات مبلغ الياس هو دم الحيض او دم الاستحاضة، فاذا كان عدة المرتاب لها هذه فغيرها اولى، و روى البخاري(٣) عن مجاهد قال ان لم تعلموا يحضن او لايحضن. و اختلفوا(٤) في حد الاياس ففي الفتاوى الصغرى حد الاياس غير مقدر بشيء. و في رواية مقدر فان رأت بعد ذلك دما هل يكون حيضاً فعلى رواية عدم التقدير يكون حيضا و على رواية التقدير لاتكون حيضا فعلى رواية التقدير اختلفت الروايات فقال محمد في الروميات خمس و خمسون سنة، و في المولدات ستون سنة، لان الروميات اسرع تكسراً. و عن ابي حنيفة من خمس و خمسين الى ستين. و قال محمد بن مقاتل و الزعفراني خمسون، و هكذا روى عن عائشة رضي الله تعالى عنها، و هكذا قال عبدالله بن المبارك و سفيان الثوري و قال الكاكي روي من عائشة رضي الله تعالى عنها انها قالت اذا بلغت المراة خمسين سنة لا ترى قرة عين، اي لاتلد، و هي رواية الحسن، و عليه الفتوى. و قيل يعتبر بتركيب بدنها فانها تختلف بالسمن و الهزال. و قيل لاتلد لستين الا قرشية، و قال الصفار سبعون سنة، فاذا رأت بعد ذلك دما لايكون حيضا كالدم الذي تراه الصغيرة، و على رواية عدم التقدير لو اعتدت بالاشهر ثم رات الدم لاتبطل الاشهر، و هو المختار عندنا، ذكره الاسبيجابي (و كذا التي بلغت بالسن) اي و كذا بثلاثة اشهر عدة المراة التي بلغت بالسن بخمس

---

(١) اربعة اسطر في الهداية راجع البناية ص٣٥٠ ج٦. (٢) من المحيض الآية - الطلاق - ٤. (٣) البخاري كتاب الطلاق باب قوله و اللائي يئسن من المحيض ص٨٠١ ج٢. (٤) و اختلفوا الخ راجع البحر الرائق ص١٥٠ ج٤ و المبسوط للسرخسي ص٢٧ ج٦ و فتح القدير ص١٤٥ ج٤.

و لم تحض بآخر الآية و ان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لقوله تعالى و اولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن و ان كانت امة فعدتها حيضتان لقوله عليه الصلوة و السلام طلاق الامة تطليقتان و عدتها حيضتان، و لان الرق منصف و الحيضة لاتتجزء فكملت فصارت حيضتين،

عشرة سنة على قول ابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى و سبع عشرة سنة على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى (و لم تحض) اي و الحال انها لم تحض (بآخر الآية) و هو قوله تعالى و اللائي لم يحضن لانها داخلة فيه، لانها لم تحض بعد. قال في تتمة الفتاوى اختلف مشايخنا في وجوب العدة على الصغيرة، لانها غير مخاطبة، لكن ينبغي ان يقال تعتد. و قال في مبسوط السرخسي قال علمائنا هي لاتخاطب بالاعتداد، و لكن الولي يخاطب بان لايزوجها حتى تنقضي مدة عدتها، مع ان العدة مجرد مضي المدة، فبثبوتها في حقها لايؤدي الى توجه الخطاب عليها، (و ان كانت حاملا) اي ان كانت المطلقة حاملاً (فعدتها ان تضع حملها لقوله تعالى و اولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن)(١) و لايعلم فيه خلاف، و كذا لو كان حمل النكاح الفاسد او بالوطء بالشبهة، و الحمل(٢) الذي تنقضي به العدة هو الذي استبان خلقه و ان لم يستبن لم تنقض به العدة (و ان كانت امة) اي و ان كانت المطلقة أمة (فعدتها حيضتان لقوله عليه الصلوة و السلام) اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم (طلاق الامة تطليقتان، و عدتها حيضتان) هذا الحديث قد مر في كتاب الطلاق في اواخر الفصل الذي فيه، و قد مر الكلام فيه مستوفى (و لان الرق منصف) بدليل قوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب(٣) (و الحيضة لاتتجزأ فكملت) اي الحيضة (فصارت حيضتين) لان النصف متعذر، لان الدم تارة يدر، و تارة ينقطع، و به قال احمد رحمه الله تعالى و قال الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى و قرأن و هما طهران، و كذا لو كانت مدبرة او مكاتبة او ام ولد لاطلاق الحديث فان قيل(٤) النص الوارد في المطلقات عام، و تخصيص العام ابتداء لايجوز بخبر الواحد و القياس، و لهذا قال ابوبكر الاصم و ابن سيرين و الظاهرية عليها ثلاثة اشهر كعدة الحرائر. اجيب بان هذا مشهور عمل به كبار

---

(١) حملهن - الطلاق - ٤. (٢) و الحمل الخ و في البحر ص١٤٧ ج٤ و اذا اسقطت سقطا استبان بعض خلقه انقضت به العدة لانه ولد و ان لم يستبن بعض خلقه لم تنقض لان الحمل اسم لنطفة متغيرة بدليل ان الساقط اذا كان علقة او مضغة لم تنقض به العدة لانها لم تتغير فلايعرف كونها متغيرة بيقين الا باستبانة بعض الخلق كذا في المحيط و نحوه في البدائع ص١٩٦ ج٣. (٣) من العذاب الآية - النساء - ٢٥. (٤) فان قيل الخ كذا في الكفاية مع الزيادة.

و اليه اشار عمر رضي الله تعالى عنه بقوله لو استطعت لجعلتها حيضة و نصفاً و ان كانت لاتحيض فعدتها شهر و نصف، لانه متجزئ فامكن تنصيفه عملاً بالرق و عدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر و عشر لقوله تعالى و يذرون ازواجاً يتربصن بانفسهن اربعة اشهر و عشراً

الصحابة و التابعين، و تلقته الامة بالقبول، فدخل في حد المشاهير (و اليه اشار عمر رضي الله تعالى عنه) اي الى عدم تجزؤ الحيضة، اشار عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه بقوله(١) (لو استطعت لجعلتها حيضة و نصفاً) اي بقوله عدة الامة حيضتان و لو استطعت لجعلتها، اي لجعلت عدة الامة حيضة و نصف حيضة، و لكن جعلتها حيضتين كاملتين، لعدم الاستطاعة على تجزؤ الحيضة لانها تختلف قلة و كثرة و وقتاً، و اثر عمر رضي الله تعالى عنه هذا رواه عبدالرزاق(٢) في مصنفه اخبرنا ابن جريج عن عمرو بن دينار انه سمع عمرو بن اوس الثقفي يقول اخبرني رجل من ثقيف قال سمعت عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه يقول لو استطعت ان اجعل عدة الامة حيضة و نصفاً فعلت، فقال له رجل لو جعلتها شهراً و نصفاً فسكت عمر رضي الله تعالى عنه و رواه الشافعي في مسنده و ابن ابي شيبة في مصنفه، حدثنا سفيان بن عيينة عن عمرو بن اوس و من طريق الشافعي رواه البيهقي في كتاب المعرفة (و إن كانت) اي الامة المطلقة (لاتحيض) من صغر او كبر (فعدتها شهر و نصف، لانه) اي لان الشهر (متجزئ فامكن تنصيفه) فتعتبر عدتها شهرا ونصفا (عملا بالرق) اي من حيث العمل بمقتضى الرق لانه منصف لذوات الاعداد كالجلدات في الحدود وكذا عدة المدبرة والمكاتبة و المستسعاة على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى و ان كانت ممن لاتحيض بشهر و نصف. و في شرح الاقطع هذا ايضا قول الشافعي و في قول آخر شهران، و في قول آخر ثلاثة اشهر. (و عدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر و عشر) اي عدة المراة الحرة التي مات عنها زوجها اربعة اشهر وعشرة ايام سواء كانت ممن تحيض او ممن لاتحيض مسلمة كانت او كتابية صغيرة كانت او كبيرة مدخولاً بها او غير مدخول بها، آيسة كانت او غير آيسة، و زوجها حر او عبد (لقوله تعالي و يذرون ازواجاً يتربصن بانفسهن اربعة اشهر و عشرا)(٣) اول

---

(١) بقوله راجع فتح القدير ص١٤١ ج٤ و نصب الراية ص٢٥٥ ج٣ و عبدالرزاق باب عدة الامة ص٢٢١ ج٧ و لفظه ان عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه قال طلاق الامة تطليقتان و عدتها حيضتان و بسند آخر عن عمر انه قال لو استطعت جعلت عدة الامة حيضة و نصفا و اخرجه ابن ابي شيبة في مصنفه باب ما قالوا كم عدة الامة اذا طلقت ص١٦٧ ج٥ و البيهقي في سننه باب عدة الامة ص٤٢ ج٧. (٢) عبدالرزاق ص٢٢١ ج٧ و ابن ابي شيبة ص١٦٧ ج٥ و قد مضى تخريجه في الحاشية السابقة. (٣) و عشرا - البقرة - ٢٣٤.

و عدة الامة شهران و خمسة ايام لان الرق منصف

الاية و الذين يتوفون منكم و يذرون اي يتركون، اي يموتون عن ازواج، و ذكر الازواج مطلقاً فدل على ان هذه العدة لاتجب الا بنكاح صحيح، لان الزوجية المطلقة لاتحصل الا بعد صحة النكاح قال مالك رحمه الله تعالى يشترط معها حيض في الموطؤة مع ان الحامل تحيض عنده، و خالفه اشهب، و اختلف قول مالك في الكتابية على قول تستبرئ بحيضة ان كانت موطوءة. و الا لا عدة عليها، لانها غير مخاطبة بشرائع الاسلام. و على قول تستبرئ بحيضة ان كانت موطوءة، و الا لاعدة عليها لا في الطلاق و لا في الوفاة. و اختلف السلف في عدة المتوفى عنها زوجها في اربعة فصول. الاول: ان منهم من قال عليها عدتان، الطولى و هي الحول، و القصرى و هي اربعة اشهر و عشراً فالحول عزيمة، و الاقصر رخصة استدلالاً بقوله تعالى و الذين يتوفون منكم و يذرون ازواجاً وصية لازواجهم متاعاً الى الحول غير اخراج فان خرجن اي بعد اربعة اشهر و عشراً فلاجناح عليكم، و فيه بيان ان العدة الكاملة هي الحول، و الاكتفاء باربعة اشهر و عشراً رخصة لها، و جواب عامة اهل العلم ان هذه الاية منسوخة، و كان ذلك في الابتداء. ثم نسخ بقوله تعالى يتربصن بانفسهن اربعة اشهر و عشراً و قال ابوبكر الرازي و قد كانت عدة المتوفى عنها زوجها سنة، لقوله تعالى و الذين يتوفون منكم... الآية، فحكم فيها بثلاثة اشياء احدها ايجاب العدة سنة، و الآخر نفقتها في الحول في مال الزوج. و الثالث : منع الخروج نسخ منها ماعدا الاربعة اشهر و العشر و نسخ منها وجوب نفقتها في مال الزوج بما جعل لها من الربع و الثمن في ماله، و بقى منع الخروج في الاربعة اشهر و العشر و الفصل الثاني: ان يعتبر عشر ليال و عشرة ايام عند الجمهور. و قال عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله تعالى عنه عشر ليال و تسعة ايام، و به قال الاوزاعي حتى يجوز لها ان تتزوج في اليوم العاشر. و الفصل الثالث: اذا كانت حاملاً فعدتها وضع الحمل عند الاكثر. و عن علي رضي الله تعالى عنه تعتد بابعد الاجلين كما يجيء و الفصل الرابع ان عدتها معتبرة من وقت الوفاة عند الاكثر و كان علي رضي الله تعالى عنه يقول من وقت العلم بالموت (و عدة الامة شهران و خمسة ايام، لان الرق منصف) لان الشهور قابلة للتنصيف، فتنصف عدتها، و عليه الائمة الاربعة و الجمهور من السلف الا ما نقل عن ابن سيرين و الظاهرية. و قد ذكرناه(١) و كذلك الحكم في المدبرة و المكاتبة و ام الولد المستسعاة على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى اما اذا مات مولى ام الولد فعدتها ثلاث حيض او ثلاثة

(١) و قد ذكرناه اي قبل صفحتين حيث قال قال ابوبكر الاصم و ابن سيرين و الظاهرية عليها ثلاثة اشهر كعدة الحرائر.

و ان كانت حاملاً فعدتها ان تضع حملها لاطلاق قوله تعالى و اولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن و قال عبدالله بن مسعود رضي الله تعالى عنه من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى نزلت بعد الآية التي في سورة البقرة

اشهر، على ما يجيء ان شاء الله (و ان كانت حاملا) يعني و ان كانت المتوفى عنها زوجها حاملاً (فعدتها ان تضع حملها) سواء كانت حرة او امة او ام الولد او مطلقة او بعد الفسخ من النكاح الفاسد او الوطء بالشبهة (لاطلاق قوله تعالى و اولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن)(١) و عليه فقهاء الامصار و اكثر السلف: و عن علي و ابن عباس رضي الله تعالى عنهم في رواية تعتد المتوفى عنها زوجها بابعد الاجلين، تفسيره اربعة اشهر و عشر فيها ثلاث حيض، حتى لو حاضت ثلاث حيض و لم يمض اربعة اشهر و عشر لاتنقضي العدة حتى تتم الاربعة. و لو تمت الاربعة و لم تحض لاتنقضي حتى تحيض ثلاث حيض، ذكره في فتاوى قاضي خان (و قال عبدالله بن مسعود رضي الله تعالى عنه من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى نزلت بعد الآية التي في سورة البقرة) اورد هذا عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه اشارة الى ان قوله تعالي و اولات الاحمال اجلهن متاخر عن قوله تعالي يتربصن بانفسهن) فيكون ناسخاً في ذوات الاحمال قوله باهلته من المباهلة، اي الملاعنة من البهل، و هو اللعن، يقال عليه بهلة الله بفتح الباء و ضمها، اي لعنة الله، و تباهل القوم و ابتهلوا اذا لاعنوا و كانوا يقولون اذا اختلفوا في شيء بهلة الله على الكاذب منا. قالوا هي مشروعة في زماننا ايضاً. و اراد بسورة النساء القصرى يا ايها النبي اذا طلقتم النساء و هي بعد سورة التغابن. و اما سورة النساء الطولى فهي بعد آل عمران، و هي قوله تعالى يا ايها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة... الى آخر السورة. و اراد بالتي في سورة البقرة الآية التي فيها، و هي قوله تعالى و الذين يتوفون منكم و يذرون ازواجاً يتربصن بانفسهن اربعة اشهر و عشراً يعني ان قوله تعالي و اولات الاحمال في سورة النساء القصرى، و هي آخر الآيتين نزولاً ناسخة لقوله تعالى اربعة اشهر و عشراً في حق عدة الحامل و قاضية عليه. و قال الاترازي و روى اصحابنا في المبسوط وغيره عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه انه قال من شاء باهلته الى آخره. قلت هذا اخرجه البخاري(٢) في تفسير سورة الطلاق، و في البقرة عنه، قال اتجعلون عليها التغليظ و لاتجعلون عليه الرخصة لنزلت سورة النساء القصرى بعد الطولى و اولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن.

---

(١) حملهن – الطلاق – ٤. (٢) البخاري تفسير سورة الطلاق ص٧٢٩ ج٢ و تفسير البقرة باب قوله تعالى و الذين يتوفون منكم الآية ص٠ ٦٥ ج٢ و التفصيل في نصب الراية ص٢٥٦ ج٣ و فتح القدير ص١٤٢ ج٤.

و قال عمر رضي الله تعالى عنه لو وضعت و زوجها على سريره لانقضت عدتها و حل لها ان تتزوج، و اذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها ابعد الاجلين

و قال الاترازي ايضا و روى في السنن مسنداً الى مسروق عن عبدالله بن مسعود رضي الله تعالى عنه قال من شاء لاعنته لانزلت سورة النساء القصرى بعد اربعة اشهر و عشراً انتهى. قلت هذا اخرجه ابوداود(١) و النسائي و ابن ماجة، و اخرجه البزار في مسنده عن علقمة عنه بلفظ من شاء حالفته ان اولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن نزلت بعد آية المتوفى، فاذا وضعت المتوفى عنها حملها فقد حلت، و قرأ و الذين يتوفون منكم و يذرون ازواجاً ... الآية و روى الترمذي(٢) مسنداً الى ابراهيم عن الاسود عن ابي السنابل بن بعكك قال وضعت سبيعة بعد وفاة زوجها بثلاث و عشرين يوما او خمسة و عشرين يوما فلما تعلت تشوفت للنكاح، فانكر عليها ذالك فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال ان تفعل فقد حل اجلها قال ابوعيسى حديث ابى السنابل حديث مشهور، و العمل على هذا الحديث عند اكثر اهل العلم من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم، و هو قول سفيان و مالك و الشافعي و احمد و اسحاق. و قال بعض اهل العلم من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم تعتد آخر الاجلين، و الاول اصح انتهى قلت(٣) اسم ابي السنابل عمرو. و قيل حبة من المؤلفة قلوبهم، و سبيعة مصغر سبعة، اسمها بنت الحارث الاسلمية، و اسم زوجها سعد بن خولة، مات بمكة، فولدت بعده بنصف شهر (و قال عمر رضي الله تعالى عنه لو وضعت و زوجها على سريره لانقضت عدتها و حل لها ان تتزوج) هذا رواه مالك(٤) في موطئه عن نافع عن ابن عمر رضي الله تعالى عنه انه سئل عن المراة يتوفى عنها زوجها و هي حامل، فقال عبدالله بن عمر اذا وضعت حملها فقد حلت، فاخبره رجل من الانصار كان عنده ان عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه قال لو وضعت و زوجها على سريره لم يدفن بعد لحلت، و عن مالك رواه الشافعي في مسنده و عبدالرزاق في مصنفه و السرير التخت، المراد الذي يغسل عليه الميت (و اذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها ابعد الاجلين) اراد

---

(١) ابوداود كتاب الطلاق باب عدة الحامل ص٣٢٣ ج١ و النسائي باب عدة الحامل ص١١٥ ج٢ و ابن ماجة باب الحامل المتوفى عنها زوجها ص١٤٧ و نصب الراية ص٢٥٦ ج٣ و الحاصل ان لفظ من شاء لاعنته رواية السنن لا البخاري و لفظ البخاري اتجعلون عليها الخ. (٢) الترمذي ابواب الطلاق باب ماجاء في الحامل المتوفى عنها زوجها تضع ص١٤٣ ج١. (٣) قلت اسم ابي السنابل الخ كذا في عمد القاري كتاب العدة باب قوله تعالى و اولات الاحمال اجلهن الخ ص٣٠٤ ج٢٠ و التفصيل في اوجز المسالك عدة المتوفى عنها زوجها ص٤٣٣ ج٤. (٤) رواه مالك في موطئه عنوان عدة المتوفى عنها زوجها ص٥٣٠ و راجع نصب الراية ص٢٥٧ ج٣.

و هذا عند ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال ابويوسف رحمه الله تعالى ثلاث حيض و معناه اذا كان الطلاق بائنا او ثلاثاً اما اذا كان رجعياً فعليها عدة الوفاة بالاجماع لابي يوسف رحمه الله تعالى ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق و لزمتها ثلاث حيض و انما تجب عدة الوفاة اذا زال النكاح في الوفاة، الا انه بقي في حق الارث لا في حق تغير العدة، بخلاف الرجعي، لان النكاح باق من كل وجه. و لهما انه لما بقي في حق الارث يجعل باقياً في حق العدة

به امراة الفار، يعني المريض مرض الموت اذا طلق امراته ثلاثا او بائنة ثم مات و هي في العدة ترث باتفاق اصحابنا، و في العدة اختلاف بينهم، اشار اليه بقوله (و هذا) اي كون عدتها ابعد الاجلين (عند ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى) و اراد بابعد الاجلين، اي الاجلين الذين هما ثلاث حيض و اربعة اشهر و عشر ايهما كان ابعد فتاخذ هي بذلك احتياطاً حتى لو ابانها ثم مات تتم(١) اربعة اشهر و عشرة ايام بعد الموت، و ما حاضت في هذه المدة الا حيضة فعليها حيضتان اخريان (و قال ابويوسف رحمه الله تعالى ثلاث حيض) يعني اذا رأت ثلاث حيض و لم يتم بعد اربعة اشهر و عشرة ايام تنقضي عدتها (و معناه) اي معنى الخلاف في ابعد الاجلين (اذا كان الطلاق بائنا او ثلاثاً، اما اذا كان) اي الطلاق (رجعيا فعليها عدة الوفاة بالاجماع) لعدم انقطاع النكاح (لابي يوسف رحمه الله تعالى ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق) لا بالوفاة (و لزمتها ثلاث حيض) و هي عدة الطلاق (و انما تجب عدة الوفاة اذا زال النكاح في الوفاة) فلايلزمها عدة الوفاة، و به قال الشافعي و مالك و ابوثور و ابوعبيد رحمهم الله تعالى (الا انه بقي في حق الارث) هذا جواب عما يقال لو كان كذلك لما بقي في حق الارث. و اجاب بقوله الا انه، اي ان النكاح بقي في حق الارث بالدليل الدال على توريثها بسبب الفرار(٢) (لا في حق تغير العدة بخلاف الرجعي) اي بخلاف الطلاق الرجعي (لان النكاح باق من كل وجه) لانه لاينقطع بالرجعي، و لهذا(٣) اذا مات المرتد او قتل ترثه امرأته المسلمة، و مع هذا لا يلزمها عدة الوفاة، لان النكاح انقطع بالردة لا بالموت (و لهما) اي لابي حنيفة و محمد رحمهما الله

---

(١) تتم الخ و في العناية ابعد الاجلين ان تعتد اربعة اشهر و عشرا فيها ثلاث حيض حتى لو اعتدت اربعة اشهر و عشرا و لم تحض كانت في العدة ما لم تحض ثلاث حيض و لو حاضت ثلاث حيض قبل تمام اربعة اشهر و عشر لاتنقضى عدتها حتى تتم المدة انتهى. (٢) بسبب الفرار - لا بسبب بقاء الزوجية، الكفاية. (٣) و لهذا الخ و في الكفاية ص١٤٣ ج٤ فانما بقى في حق الارث بحكم الفرار لا باعتبار الزوجية و ذا لايلزمها عدة الوفاة الا =>

احتياطاً، فيجمع بينهما و لو قتل على ردته حتى ورثته امراته فعدتها على هذا الاختلاف و قيل عدتها بالحيض بالاجماع، لان النكاح حينئذ ما اعتبر باقياً الى وقت الموت في حق الارث، لان المسلمة لاترث من الكافر، فان اعتقت(١) الامة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها الى عدة الحرائر لقيام النكاح من كل وجه، و ان اعتقت و هي مبتوتة او متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها الى عدة الحرائر لزوال النكاح بالبينونة او الموت.

تعالى (انه) اي ان النكاح (لما بقي في حق الارث يجعل باقياً في حق العدة احتياطاً، فيجمع بينهما) اي بين العدتين لانها مبانة حقيقة و توفى عنها زوجها حكماً (و لو قتل على ردته حتى ورثته امراته) يعني حصر استحقاقها الى وقت الردة، لان المسلم لايرث الكافر و هو جواب عما استدل به ابويوسف رحمه الله تعالى فقال الا ترى ان المرتد اذا قتل او مات على ردته ترثه زوجته المسلمة، و ليس عليها عدة الوفاة بالاجماع، لان زوال النكاح كان بردته لا بموته، فكذلك زوال النكاح هنا بالطلاق البائن لا بالموت و تقريره ان ذلك ايضا على هذا الاختلاف، يعني تعتد بابعد الاجلين و هو معنى قوله (فعدتها على هذا الاختلاف) المذكور (و قيل عدتها بالحيض بالاجماع، لان النكاح حينئذ ما اعتبر باقيا الى وقت الموت في حق الارث، لان المسلمة لاترث من الكافر) و لكن(٢) يستندد استحقاق الميراث الى وقت الردة لزمتها العدة بالحيض فلايلزمها عدة الوفاة و ههنا استحقاق الميراث عند الموت لا عند الطلاق فعرفنا ان النكاح كالقائم بينهما الى وقت الموت حكما. (فان اعتقت الامة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها الى عدة الحرائر لقيام النكاح من كل وجه) صورته الامة المنكوحة طلقها زوجها رجعياً ثم اعتقها مولاها في عدتها تحولت عدتها الى عدة الحرائر من وقت الطلاق فعليها ان تعتد بثلاث حيض ان كانت ممن تحيض و بثلاثة اشهر ان كانت ممن لاتحيض (وان اعتقت و هي مبتوتة) اي و ان اعتقت الامة المطلقة و هي مبتوتة اي و الحال انها مطلقة طلاقا بائنا او ثلاثا (او متوفى عنها زوجها) اي او كانت متوفى عنها زوجها (لم تنتقل عدتها الى عدة الحرائر لزوال النكاح بالبينونة او الموت) فاذا كانت كذلك تعتد بحيضتين او بشهر و نصف، او بشهرين و خمسة ايام على حسب اختلاف حالها، و به قال(٣)

=> ترى ان المرتد اذا مات او قتل على ردته ترثه زوجته المسلمة و ليس عليها عدة الوفاة لان زوال النكاح بردته لا لموته انتهى. (١) فان اعتقت - ن - فاذا اعتقت. (٢) و لكن الخ كذا في العناية. (٣) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ و في فتح القدير ص١٤٤ ج٤ و بقولنا قال الشافعي في الاظهر و احمد و اسحاق و الحسن و الشعبي و الضحاك و قال مالك و ابوثور لاتكمل عدتها في الرجعي و البائن و عن الزهري و عطاء و قتادة =>

و ان كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدتها، و عليها ان تستانف العدة بالحيض، و معناه اذا رأت الدم على العادة، لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفاً و هذا لان شرط الخلفية تحقق الياس و ذلك باستدامة العجز الى الممات

الشافعي في الاظهر و احمد و اسحاق و هو قول الحسن و الشعبي و الضحاك. و قال مالك لايكمل و هو قول ابي ثور. و عن عطاء و الزهري و قتادة رحمهم الله تعالى يكمل فيهما اعتباراً بحال ابتدائها فان قيل(١) العدة حكم زوال الزوجية، و حكم الزوال يثبت عند الزوال، فينبغي ان لاتحول العدة في الرجعي ايضا، لان عند الزوال امة، و لهذا تعتد من وقت الطلاق. و اجيب بانه انما تحولت العدة لان سببها و هو الزوال متردد ليس بمستقر، فكانت مترددة ايضا لتردد سببها، فتغيرت. و لهذا تتحول بالموت من الاقراء الى الشهور بخلاف البائن، فان سببه مستقر ليس بمتردد، فلم تتحول العدة بالعتق. و في شرح الاقطع عن الشافعي قولان في كل واحد من الرجعي و البائن في احدهما ينتقل فيهما، و في الآخر لاينتقل فيهما. و في وجيزهم و لو اعتقت في اثناء العدة فهي كالحرة في قول، و كالامة في قول و في القول الثالث ان كانت رجعية التحقت بالحرة، و ان كانت بائنة فتعتد بقرأين (و ان كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدتها، و عليها ان تستانف العدة بالحيض) لان الشهور في الآية بدل عن الحيض، و لا معتبر بالبدل مع القدرة على الاصل، فلما رأت الدم علم ان الاياس على الاصل لم يكن متحققاً، و الشرط هو الياس الى الموت كالفدية في الشيخ الفاني (و معناه) اي معنى ما ذكره القدوري لان المسالة من مسائل القدوري (اذا رأت الدم على العادة) التي كانت قبل الاياس، يعني كثيراً سائلا، اما اذا كانت بلة يسيرة لايكون حيضاً بل كان ذلك من نتن الرحم فكان فاسداً لايتعلق به حكم الحيض (لان عودها) اي عود العادة (يبطل الاياس هو الصحيح) احترز عن قول محمد بن مقاتل الرازي، فانه كان يقول هذا لو لم يحكم باياسها فاما اذا انقطع الدم عنها زمانا حتى يحكم باياسها و كانت ابنة تسعين سنة او نحوها فرأت الدم بعد ذلك لم يكن حيضاً. و قيل هذا على قول من وقت الاياس وقتا ثم يظن انها ايست، ثم يظهر بخلافه فتستانف العدة بالحيض، كذا ذكره الجصاص (فظهر انه لم يكن خلفاً و هذا) اي عدم ظهور الخلفية (لان شرط الخلفية تحقق الياس، و ذلك) اي تحقق الياس (باستدامة العجز الى الممات

=> تكمل فلابد من اثبات اعتبار بقائه كابتدائه و راجع المغني ص٩٥ ج٩. (١) فان قيل العدة الخ كذا في العناية ص١٤٤ ج٤.

كالفدية في حق الشيخ الفاني ولو حاضت حيضتين ثم ايست تعتد بالشهور تحرزا عن الجمع بين البدل و المبدل و المنكوحة نكاحاً فاسداً و الموطوءة بشبهة عدتهما الحيض في الفرقة و الموت، لانها للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح و الحيض هو المعرف. و اذا مات مولى ام الولد عنها او

كالفدية في حق الشيخ الفاني) يعني ان شرط الخلفية في الشيخ الفاني استمرار العجز مدة العمر، فكذا هنا. (و لو حاضت حيضتين ثم ايست تعتد بالشهور تحرزاً) اي احترازا (عن الجمع بين البدل و المبدل) فانه لايجوز. فان قلت(١) يشكل بمن يصلي بالايماء حيث يجوز، و لايشترط العجز الى الممات. قلت لان الصلاة بايماء ليست بخلف، بل الايماء بعض الصلوة و بعض الشيء لايكون خلفاً كالركوع و السجود، اما العدة بالاشهر بدل عن العدة بالحيض، و اكمال الاصل بالبدل غير ممكن فان قلت المصلي اذا سبقه الحدث و لم يجد الماء حتى تيمم و بنى يجوز. قلت البدلية في الطهارة و ان كانت لكن لايجمع بينهما، لانه لايكمل احداهما بصاحبتها (و المنكوحة نكاحاً فاسداً و الموطوءة بشبهة عدتهما الحيض في الفرقة و الموت) اراد بالنكاح الفاسد النكاح بغير شهود و نكاح الاخت في عدة الاخت، و نكاح الخامسة في عدة الرابعة، اراد بالموطوءة بشبهة مازفت اليه غير امراته. و قال الحاكم الشهيد في الكافي اذا دخل الرجل بالمراة على وجه شبهة او نكاح فاسد فعليه المهر و عليها العدة ثلاث حيض ان كانت حرة، و حيضتان ان كانت امة، و سواء ان مات عنها او فرق بينهما و هو حي، فان كانت لاتحيض من صغر او كبر فعدة الحرة ثلاثة اشهر، و عدة الامة شهر و نصف (لانها) اي لان العدة (للتعرف عن براءة الرحم، لا لقضاء حق النكاح) اذ لا حق للنكاح الفاسد و الوطء بشبهة (و الحيض هو المعرف) و لا فرق في ذلك بين الفرقة و الموت. فان قيل فعلى هذا وجب ان يكتفي بحيضة واحدة او شهر كما في الاستبراء، و ليس كذلك، اجيب بانها انما كانت ثلاث حيض الحاقاً للشبهة بالحقيقة فان احكام العقد الفاسد ابداً يؤخذ من حكم الصحيح كما في البيع و الاجارة الفاسدة، فانهما يفيدان افادة الصحيح، غير ان ثبوت الملك يتوقف على القبض لوهاء فيه، و كذلك يثبت اجر المثل دون المسمى لذلك، و هاهنا ايضاً لم يثبت عدة الوفاة لوهاء فيه، فان عدة الوفاة لزيادة اظهار التاسف لفوات نعمة النكاح، و النعمة في النكاح الصحيح دون الفاسد، فلذلك اختصت بالصحيح، و لكن لما كانت فيه جهة النكاح الحق بالصحيح في اعتبار مدة العدة احتياطاً (و اذا مات مولى ام الولد او

---

(١) فان قلت الخ و نحوه في الشروح الثلاثة.

اعتقها فعدتها ثلاث حيض و قال الشافعي رحمه الله تعالى تعالى حيضة واحدة لانها تجب بزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء و لنا انها وجبت بزوال الفراش فاشبهت عدة النكاح، و امامنا فيه عمر رضي الله تعالى عنه فانه قال عدة ام الولد ثلاث حيض

اعتقها فعدتها ثلاث حيض. و قال الشافعي رحمه الله تعالى حيضة واحدة لانها تجب بزوال ملك اليمين. فشابهت الاستبراء) و لهذا لا تختلف بالحياة و الوفاة و به(١) قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى و هو قول ابن عمر و عائشة رضي الله تعالى عنهما و عن ابن المسيب و ابن سيرين و ابن جبير و خلاس و عمر بن عبدالعزيز و الزهري و الاوزاعي و اسحاق انها تعتد باربعة اشهر و عند الظاهرية لا استبراء على ام الولد لا في العتق و لا في الموت، و تتزوج ان شاءت اذا لم تكن حاملاً. و قال الاترازي و قال الشافعي رحمه الله تعالى عدتها حيضة واحدة. ان كانت ممن تحيض و ان كانت ممن لاتحيض فشهر. و قال مالك رحمه الله تعالى في الموطا(٢) و عدتها حيضة واحدة و اذا لم تحض فثلاثة اشهر، و به قال احمد بن حنبل رحمه الله تعالى و قال في شرح الاقطع و من اصحاب الشافعي من قال انه ليس بعدة، و انما هو استبراء (و لنا انها) اي العدة (وجبت بزوال الفراش، فاشبهت عدة النكاح) يعني اذا طلق ام الولد زوجها، و هي ممن لاتحيض، فعدتها ثلاثة اشهر، و فيه لايكتفي بحيضة واحدة (و امامنا فيه) اي في الحكم المذكور (عمر رضي الله تعالى عنه فانه قال عدة ام الولد ثلاث حيض) هذا غريب(٣) و لكن روي ابن ابي شيبة(٤) في مصنفه

---

(١) و به قال مالك الخ كذا في الفتح ص١٤٨ ج٤ و راجع المغنى ص١٤٧ ج٩ و الاوجز ص٠٤٤ ج٤. (٢) المؤطا عنوان عدة ام الولد اذا توفى سيدها ص٥٣١. (٣) هذا غريب الخ راجع للبحث الحديثي نصب الراية ص٢٥٨ ج٣ و فتح القدير ص١٤٩ ج٤ و اعلاء السنن باب عدة ام الولد اذا اعتقت ص٢٥٨ ج١١ و قد اطنب الكلام صاحب الاعلاء فاجاد و افاد. (٤) ابن ابي شيبة ما قالوا في ام الولد اذا اعتقت كم تعتد ص١٦٥ ج٥ و قال الزيلعي رحمه الله تعالى و روى ابن حبان في صحيحه عن قبيصة عن عمرو بن العاص رضي الله تعالى عنه قال لاتلبسوا علينا سنة نبينا صلى الله عليه وسلم عدة ام الولد المتوفى عنها زوجها اربعة اشهر و عشر و رواه الحاكم في المستدرك ص٢٠٩ ج٢ و قال على شرط الشيخين و لم يخرجاه و رواه الدارقطني ص٣٠٩ ج٣ و البيهقي باب استبراء ام الولد ص٤٤٨ج٧ و ابوداود باب في عدة ام الولد ٣٢٣ ج١ و ابن ماجة باب عدة ام الولد ص١٥٢ و قال الدارقطني و قبيصة لم يسمع من عمرو وقال ابن الهمام في الفتح ص١٤٩ ج٤ فهو منقطع و هو عندنا غير ضائر اذا كان قبيصة ثقة. و في الجوهر النقي على البيهقي ص٤٤٨ ج٧ قد قدمنا مرارا ان هذا على مذهب من يشترط ثبوت السماع و ان مسلما انكر ذالك انكارا شديدا و زعم ان المتفق عليه انه يكفى للاتصال امكان اللقاء و قبيصة ولد عام الفتح و سمع عثمان و زيد بن ثابت و ابا الدرداء رضي الله عنهم فلاشك في =>

و لو كانت ممن لاتحيض فعدتها ثلاثة اشهر كما في النكاح، و اذا مات الصغير عن امراته و بها حبل فعدتها ان تضع حملها، و هذا عند ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال ابويوسف رحمه الله تعالى عدتها اربعة اشهر و عشر و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى لان الحمل ليس بثابت النسب منه، فصار كالحادث بعد الموت. لهما اطلاق قوله تعالى و

حدثنا عيسى بن يونس عن الاوزاعي عن يحيى بن ابي كثير ان عمرو بن العاص رضي الله تعالى عنه امر ام الولد اعتقت ان تعتد ثلاث حيض. و كتب الى عمر رضي الله تعالى عنه فكتب بحسن رائه. و روى محمد بن الحسن في الاصل عن علي و ابن مسعود و ابراهيم رضي الله تعالى عنهم انهم قالوا عدة ام الولد ثلاث حيض، فسموه عدة و قدروها بثلاث و قال الكرخي في مختصره حدثنا الهروي قال حدثنا محمد بن شجاع قال حدثنا يحيى بن آدم عن ابي خالد عن حجاج عن الشعبي عن الحارث عن علي و عبدالله رضي الله تعالى عنهما عدة ام الولد ثلاث حيض اذا مات عنها سيدها. و روى الحاكم عن علي رضي الله تعالى عنه قال ثلاث حيض و عن عطاء ثلاثة قروء. و عن ابراهيم عدة ام الولد ثلاث حيض (و لو كانت) اي ام الولد (ممن لاتحيض فعدتها ثلاثة اشهر كما في النكاح) يعني كمايجب ان تعتد بثلاثة اشهر اذا طلقها زوجها (و اذا مات الصغير عن امراته و بها حبل فعدتها ان تضع حملها و هذا عند ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال ابويوسف رحمه الله تعالى عدتها اربعة اشهر و عشر و هو قول الشافعي) و مالك و احمد و هو قول ابي حنيفة رحمهم الله تعالى اولاً (لان الحمل ليس بثابت النسب منه) اي من الصغير (فصار كالحادث بعد الموت) يعني(١) بان تضع بعد الموت لستة اشهر فصاعداً من يوم الموت عند عامة المشايخ. و قال بعضهم بان تاتي به لاكثر من سنتين. و قال في النهاية و الاول اصح، و تفسير قيام الحمل عند الموت ان تلد لاقل من ستة اشهر من وقت موته، كذا في الفوائد الظهيرية (و لهما) اي لابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (اطلاق قوله تعالى و

=> سماعه من عمرو و قال صاحب التمهيد ادرك ابابكر الصديق رضي الله عنه و له سن لاينكر معها سماعه منه و قد اخرج صاحب المستدرك هذا الحديث و قال صحيح على شرط الشيخين و اخرج ابن حبان في صحيحه انتهى و قال صاحب اعلاء السنن ص٢٥٨ ج١١ و قد سكت عنه ابوداود فهو صالح عنده انتهى و في فتح القدير و قد اخرج ابن ابي شيبة ص١٦٢ ج٥ عن علي و عبدالله رضي الله عنهما قالا ثلاث حيض اذا مات عنها يعني ام الولد و اخرجه عن ابراهيم النخعي و ابن سيرين و الحسن البصري و عطاء الخ. (١) يعني الخ كذا في الكفاية.

اولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن و لانها مقدرة بمدة وضع الحمل في اولات الاحمال قصرت المدة او طالت لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالاشهر مع وجود الاقراء، لكن لقضاء حق النكاح، و هذا المعنى يتحقق في الصبي، و ان لم يكن الحمل منه، بخلاف الحمل الحادث لانه وجبت العدة بالشهور، فلاتتغير بحدوث الحمل، و فيما نحن فيه كما وجبت وجبت مقدرة بمدة الحمل، فافترقا، و لايلزم امراة الكبير اذا حدث لها الحبل بعد الموت، لان النسب يثبت منه، فكان كالقائم عند الموت حكماً،

اولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن ... الآية)(١) يعني من غير فصل بين ان يكون الحمل من الزوج او من غيره في عدة الطلاق او الوفاة، بخلاف ما اذا حدث الحمل بعد موت الصبي، حيث تعتد بالشهور، لانها لم تكن حاملا عند الموت، فلم تدخل تحت الآية المذكورة، و لايرد علينا امراة الكبير اذا حبلت بعد موته لاقل من سنتين، حيث تعتد بوضع الحمل، و ان لم يكن الحمل وقت الموت، لان النسب لما ثبت منه و هو امر شرعي حكم بوجود الولد ايضا عند الموت حكماً تبعاً لحكم شرعي، و هنا فيما نحن فيه لايثبت النسب، فلم يمكن اثبات الحمل عند الموت حكماً (و لانها مقدرة) دليل معقول لهما، اي و لان عدة الوفاة مقدرة (بوضع الحمل في اولات الاحمال قصرت المدة او طالت لا للتعرف) اي غير مقدرة للتعرف (عن فراغ الرحم لشرعها) اي لشرع عدة الوفاة، اي لمشروعيتها (بالاشهر مع وجود الاقراء، لكن) قدرت (لقضاء حق النكاح، و هذا المعنى) يعني قضاء حق النكاح (يتحقق في الصبي و ان لم يكن الحمل منه) فاذا كان كذلك تعتد امراته بوضع الحمل لنص قوله تعالى و اولات الاحمال (بخلاف الحمل الحادث) جواب عن قول الشافعي رحمه الله تعالى فصار كالحمل الحادث بعد الموت (لانه) اي لان الشان (وجبت العدة بالشهور) حقا للنكاح بآية التربص (فلا تتغير بحدوث الحمل، و فيما نحن فيه) اي فيما اذا مات الصبي عن امراة و بها حبل (كما وجبت) العدة (وجبت مقدرة) اي حال كونها مقدرة (بمدة الحمل) و هو وضع الحمل، لانها عدة اولات الاحمال (فافترقا) اي افترق الحمل القائم عند الموت، و الحادث بعده (و لايلزم امراة الكبير) جواب عما يقال اذا مات الرجل و لم تكن المراة حاملاً، فقد الزمناها العدة بالشهور، ثم اذا ظهر الحمل تكون عدتها بوضع الحمل، فقد تغيرت العدة بوضع الحمل، فاجاب بقوله و لايلزم امراة الكبير (اذا حدث لها الحبل بعد الموت) اي بعد موت الزوج (لان النسب يثبت منه فكان) اي الحمل (كالقائم عند الموت حكماً) تبعاً(٢) لحكم

---

(١) الآية – الطلاق – ٤. (٢) تبعاً الخ كذا في العناية.

و لايثبت نسب الولد في الوجهين، لان الصبي لا ماء له، فلايتصور منه العلوق، و النكاح يقام مقامه في موضع التصور. و اذا طلق الرجل امراته في حالة الحيض لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق، لان العدة مقدرة بثلاث حيض كوامل، فلاينقص عنها و اذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة اخرى و تداخلت العدتان و يكون ماتراه المراة من الحيض محتسباً منهما جميعاً، و اذا انقضت العدة الاولى و لم تكمل الثانية فعليها اتمام العدة الثانية،

شرعي آخر، و هو ثبوت النسب، لان النسب بلاحمل لايثبت(١) في امراة الصغير لما لم يثبت النسب لم يحتج الى جعل الحمل قائما عند الموت، فكان الحمل مضافاً الى اقرب الاوقات، فكان ابتداء عدتها بالاشهر لامحالة (و لايثبت نسب الولد في الوجهين) اي فيما اذا كان الحمل قائما عند موت الصغير، و فيما اذا كان حادثا بعد موته (لان الصبي لاماء له، فلايتصور منه العلوق) بلاماء، فلايثبت النسب (و النكاح يقام مقامه) اي مقام الماء. و قال الاترازي اي مقام العلوق، هذا جواب عما يقال النكاح موجود فيقام مقام الماء لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش(٢) فاجاب بقوله و النكاح يقام مقامه (في موضع التصور) اي(٣) في موضع يتصور الوطء (و اذا طلق الرجل امراته في حالة الحيض لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق) لم تعتد، اي لم تحتسب، و يجوز فيه ان يكون على صيغة المجهول مستنداً الى ما تحيضه، و ان يكون على بناء المعلوم، مستنداً الى المراة (لان العدة مقدرة بثلاث حيض كوامل، فلاينقص عنها) و هذا بالاجماع بخلاف الطهر الذي وقع فيه الطلاق، فانه محسوب عند مالك و الشافعي رحمهما الله تعالى (و اذا وطئت(٤) المعتدة بشبهة) اي المعتدة عن طلاق بائن رجل وطئها بشبهة، بان قال ظننتها تحل لي (فعليها عدة اخرى و تداخلت العدتان) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و اشار الى صورة التداخل بقوله (و يكون ما تراه) اي المراة (من الحيض محتسباً منهما) اي من العدتين (جميعاً، و اذا انقضت العدة الاولى و لم تكمل الثانية فعليها اتمام العدة الثانية) هذا الذي ذكره المصنف اعم من أن تكون العدتان من جنس واحد او من جنسين، و اعم من ان يكون الواطئ هو الزوج أو غيره، فهذه اربعة صور الاولى: ان تكون العدتان من جنس واحد بان كان الكل حيضاً. و الثانية ان يكونا من جنسين، بان يكون احدهما عدة الوفاة. و الثالثة: ما ذكرناه و هو ان

---

(١) لايثبت - و حيث ثبت ههنا لابد له من حمل فجعلناه كالقائم حكماً كذا في العناية. (٢) الولد للفراش الحديث و قد مر تخريجه غير مرة. (٣) اي في موضع الخ و في فتح القدير في موضع التصور لان الشيء انما يقدر تقديرا اذا امكن تصوره تحقيقاً. (٤) وطئت الخ له صور في فتح القدير.

و هذا عندنا و قال الشافعي رحمه الله تعالى لاتتداخلان، لان المقصود هو العبادة، فانها عبادة كف عن التزوج و الخروج، فلاتتداخلان كالصومين في يوم واحد. و لنا ان المقصود التعرف عن فراغ الرحم، و قد حصل بالوحدة فتتداخلان، و معنى العبادة تابع،

الواطئ هو الزوج و الرابعة: ان يكون الواطئ غير الزوج، بان المطلقة تزوجت في عدتها برجل فوطئها الرجل ثم فرق بينهما دفعاً للفساد، فوجب عليها عدة اخرى، ففي هذه الصور كلها تجب العدتان، و تتداخلان عندنا. و صورة التداخل ذكرها المصنف بقوله و يكون ماتراه المراة الخ (و هذا عندنا) اي تداخل العدتين مذهب اصحابنا (و قال الشافعي رحمه الله تعالى لاتتداخلان) في مذهبه تفصيل(١) و هو ان العدتين اذا كانتا من شخص واحد تداخلتا اذا اتفقتا بان لم يكن احبال، و كانت من ذوات الاشهر او الاقراء، و ان اختلفتا بان احداهما بالحمل ففي تداخلهما وجهان، احدهما: التداخل كالمتفقين، الثاني: لا، و ان كانت العدتان من شخصين لم تتداخلا، ذكر في الوسيط، و به قال احمد و قالت المالكية المتفقان في الاقراء و الاشهر متداخلان، اما من واحد او من شخصين. و لو اختلفتا كانت احداهما بالحمل ينتقضان و عند الشافعي و احمد ان كانت احداهما بالحمل و قدمت ثم تعود الى الاقراء. (لان المقصود من العدة هو العبادة فانها) اي فان العدة (عبادة كف عن التزوج و الخروج) من البيت و المنع عن الزينة وغيرها في مدة معلومة (فلاتتداخلان كالصومين في يوم واحد) اي(٢) كما لاتداخل في الصوم، و انه كف عن امضاء المفطرات في وقت مقدر، و هو اليوم، فلايتادى صومان في يوم واحد، فلاتداخل فيه، و كذا في العدة (و لنا ان المقصود) من العدة (التعرف عن فراغ الرحم) في حق ذوات الاقراء (و قد حصل المقصود (بالواحدة) بالعدة الواحدة، فلاحاجة الى عدة اخرى (فتتداخلان) و لايقال ينبغي ان يكتفي بالحيضة و عدة الموطوءة بالشبهة و نكاح الفاسد بثلاث حيض او ثلاثة اشهر، لانا بينا ان الفاسد ملحق بالصحيح في اعتبار مدة العدة (و معنى العبادة تابع) جواب عن قول الشافعي رحمه الله تعالى لان المقصود هو العبادة. و تقدير الجواب(٣) ان معنى العبادة في العدة تابع غير مقصود، لان ركنها حرمة الازدواج و الخروج، قال الله تعالى(٤) و لاتعزموا عقدة النكاح

---

(١) في مذهبه تفصيل راجع تكملة شرح المهذب ص١٩٠ ج١٨. (٢) اي كما لاتداخل الخ و في العناية فان العدة كف عن التزوج و الخروج كما ان الصوم كف عن اقتضاء الشهوتين فكما لاتداخل في الصوم فكذا في العدة. (٣) و تقدير الجواب الخ كذا في الكفاية و العناية. (٤) قال الله تعالى الخ و قال ابوبكر الجصاص رحمه الله تعالى في احكام القرآن ص٤٢٦ ج١ و نقله اعلاء السنن قد اختلف الفقهاء في العدة اذا وجبت من رجلين. فقال ابوحنيفة و ابويوسف و محمد و زفر و مالك في رواية ابن القاسم عنه و الثوري والاوزاعي: اذا وجبت =>

الا ترى انها تنقضي بدون علمها و مع تركها الكف.

حتى يبلغ الكتاب اجله فهي اجل و الآجال اذا اجتمعت تنقضي بمدة واحدة كرجل عليه ديون مؤجلة لاناس فانها تنقضي بمدة واحدة، ثم استوضح كون معنى العبادة فيها طريق التبعية لا بالقصد بقوله (الا ترى انها) اي ان العدة (تنقضي بدون علمها) اي علم المراة (و مع تركها الكف) عن الخروج و التزوج حتى اذا خرجت او تزوجت بزوج آخر لاتبطل العدة، و لو كان معنى العبادة فيها ركناً مقصوداً لم تنقض بدون الكف، لان العبادة لاتتحقق بلاركن. فان قلت(١) لانسلم ان المقصود تعرف براءة الرحم، فلو كان كذلك لم تجب العدة على الصبية و الآيسة و المتوفى عنها زوجها، لانه لاشغل في الصبية و الآيسة و في المتوفى عنها زوجها لايحتاج الزوج الى ذلك. قلت الصبية التي تحتمل الوطء تحتمل العلوق، و كذا الآيسة، فدار الحكم على دليل الشغل و هو الوطء، لان العدة يكفي في ايجابها بتوهم الشغل و ان كان بخلاف العادة و المتوفى عنها زوجها الحاجة فيها الى التعرف قائمة لصيانة ماء الزوجين عن الاختلاط، لان ماء الاول محترم في نفسه و كذا ماء الثاني فان قلت لو كان التداخل معتبراً لتداخل اقراء عدة واحدة.

=> عليها العدة من رجلين فان عدة واحدة تكون لهما جميعا، سواء كانت العدة بالحمل او بالحيض او بالشهور. و هو قول ابراهيم النخعي. و قال الحسن بن صالح و الليث و الشافعي:تعتد لكل واحد عدة مستقلة، و يدل على صحة القول الاول اطلاق قوله تعالى: " و المطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء" لانه لم يفرق بين مطلقة وطئها رجل اجنبي بشبهة و بين غيرها. فهذا يقتضى كون عدتها ثلاثة قروء مطلقاً، لانها مطلقة قد وجبت عليها عدة. و لو اوجبنا عليها اكثر من ثلاثة قروء كنا زائدين في الآية ما ليس فيها. و يدل عليه ايضا (اطلاق) قوله تعالى: "و اللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر"، و اللائي لم يحضن. و لم يفرق بين مطلقة قد وطئها اجنبي بشبهة، و بين من لم توطأ. فاقتضى ذلك ان تكون عدتها ثلاثة اشهر في الوجهين جميعاً. و يدل عليه ايضا (اطلاق) قوله: "و اولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن". و لم يفرق بين من عليها عدة من رجل او من رجلين. و يدل عليه اتفاق الجميع على ان الاول لايجوز له عقد النكاح عليها قبل انقضاء عدتها منه. فعلمنا انها في عدة من الثاني ايضا، لان العدة منه لاتمنع من تزويجها فان قيل: منع من ذلك، لان العدة منه تتلوها عدة من غيره. قيل له: فقد يجوز ان يتزوجها ثم يموت هو قبل بلوغها موضع الاعتداد من الثاني (او يطلقها قبله) فلو لم تكن في هذه الحال معتدة من الثاني لما منع الاول من العقد عليها، لان عدة تجب في المستقبل لاترفع عقدا ماضياً. و يدل عليه ان الحيض انما هو استبراء الرحم من الحبل، فاذا طلقها الاول و وطئها الثاني بشبهة قبل ان تحيض ثم حاضت ثلاث حيض فقد حصل الاستبراء، و يستحيل ان يكون استبراء من حمل الاول غير استبراء من حمل الثاني. فوجب ان تنقضي به العدة منهما جميعا" الخ و الله تعالى اعلم. (١) فان قلت الخ كذا في العناية.

و المعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور و تحتسب بما تراه من الحيض فيها تحقيقا للتداخل بقدر الامكان و ابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق، و في الوفاة عقيب الوفاة فان لم تعلم بالطلاق او الوفاة

قلت لانسلم الملازمة لان التعرف بحيضة واحدة ليس كالتعرف بثلاث حيض في حصول المقصود، لان المقصود من الاول تعرف الفراغ و من الثانية اظهار خطر النكاح فرقاً بينه و بين الاستبراء و من الثالثة اظهار شرف الحرية، و هذا المقصود لايحصل بالحيضة الواحدة. و قال الاكمل(١) فيه نظر، لان المصنف لم يعلل الا بالتعرف عن فراغ الرحم فكان السؤال وارداً عليه، انتهى. قلت(٢) تعليله بالتعرف عن فراغ الرحم يقتصر عليه لاينافي التعليل بغيره، فلايرد عليه شيء (و المعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور و تحتسب بما تراه من الحيض فيها) اي في الشهور (تحقيقاً للتداخل بقدر الامكان) قال في المبسوط(٣) لو تزوجت في عدة الوفاة فدخل بها الثاني ففرق بينهما فعليها بقية عدتها من الميت تمام اربعة اشهر و عشر و عليها ثلاث حيض من الآخر ثم تحتسب بما حاضت بعد التفريق من عدة الوفاة ايضاً (و ابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق، و في الوفاة عقيب الوفاة) لان العلة الموجبة للعدة الطلاق او الوفاة، فلابد من اقتران المعلول، و هو وجوب العدة بعلتها، و عليه الائمة الاربعة(٤) و جمهور الصحابة و التابعين رضي الله تعالى عنهم (فان لم تعلم) اي فان لم تعلم المراة (بالطلاق او الوفاة) اي او لم تعلم بوفاة زوجها بان كان

(١) قال الاكمل في العناية ص١٥٢ ج٤. (٢) قلت الخ و مر عليه سعدي چلپى رحمه الله تعالى في حاشيته علي العناية ص١٥٢ ج٤ فقال و الصحيح في الجواب ان يقال المقصود من العدة هو التعرف علي وجه الاحتياط و حيض الحامل مما يجوز لانه مجتهد فيه فلايقوى ظن الفراغ بمرة لجواز كونه حيضا مع الحمل عند من يقول به و استحاضة معه عندنا بخلاف ما اذا تكرر فانه حينئذ يقوى بخلاف الاستبراء فان التعرف مقصود فيه لا على هذا الوجه فانه لم يتمحض له الايرى انه يجب باستحداث الملك من المرأة فعرفنا بذالك ان فيه شائبة التعبد فليتامل. انتهى. (٣) المبسوط للسرخسي ص٤٣ ج٦ و فيه ثم تحتسب بما حاضت بعد التفريق في الاربعة الاشهر و عشر من عدة الآخر و لا منافات بين الشهور و الحيض فتكون شارعة في العدتين تحتسب بالمدة من العدة الاولى و بما يوجد فيها من الحيض من العدة الثانية انتهى. (٤) الائمة الاربعة رحمهم الله تعالى و في اعلاء السنن باب العدة من بعد الطلاق و الوفاة الخ ص٢٦١ ج١١ عن ابن عمر رضي الله تعالى عنه قال عدتها من يوم طلقها و من يوم يموت عنها رواه ابن ابي شيبة ص١٩٧ ج٥ و هذا سند صحيح و اخرج نحوه عن عطاء و مجاهد و ابن المسيب و سعيد بن جبير و ابن سيرين و عكرمة و نافع و ابي قلابة و ابي العالية و الشعبي و النخعي و الزهري و عبدالرحمن بن يزيد و مكحول باسانيد جيدة و عن عبدالله بن مسعود رضي الله تعالى عنه قال العدة من يوم =>

حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها، لان سبب وجوب العدة الطلاق او الوفاة، فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب و مشايخنا رحمهم الله تعالى يفتون في الطلاق ان ابتداؤها من وقت الاقرار نفياً لتهمة المواضعة و العدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق او عزم الواطئ على ترك وطئها، و قال زفر رحمه الله تعالى من آخر الوطئات، لان الوطء

غائباً (حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها، لان سبب وجوب العدة الطلاق او الوفاة) اي وفاة الزوج (فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب) و عن علي(١) رضي الله تعالى عنه انها تعتد من يوم ياتيها الخبر. و قال مكي ان قامت به البينة تعتد من يوم الموت و الطلاق، و الا فمن يوم الخبر. و قال داود طلاق الغائب لايقع اصلا حتى ياتيها الخبر و تعتد المتوفى عنها زوجها من خبر موته. (و مشايخنا) اراد بهم علماء بخاري و سمرقند لاجماعة التصوف الذين هم اهل البدع (يفتون في الطلاق ان ابتداؤها) اي ابتداء العدة (من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة) بان يتواضعا(٢) على الطلاق و انقضاء العدة ليصح اقرار المريض لها بالدين و الوصية، او يتواضعا على انقضائها بان يتزوج اختها او اربعا سواها. و في الذخيرة قال محمد في الاصل يجب العدة من وقت الطلاق، و اختارها مشائخ بلخ على انها تجب من وقت الاقرار عقوبة عليه و زجراً على كتمانه الطلاق، و لكن لاتجب لها نفقة العدة و السكنى، لان ذلك حقها و قد اقرت هي بسقوطه، و ينبغي على قول هولاء ان لايحل له التزوج باختها و اربع سواها ما لم تنقض العدة من وقت الاقرار (و العدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق او عزم الواطئ على ترك وطئها) بان اخبرها انه ترك وطأها و الاخبار امر ظاهر فيدار الحكم عليه، اما آخر الوطئات فلايعلم لاحتمال وجود غيره، اي غير الوطء الذي وجد. و في الخلاصة و كذا في النكاح الفاسد بعد الدخول لايكون الا بالقول بقوله تركتك او ما يقوم مقامه بان يقول تركتها و خليت سبيلها (و قال زفر رحمه الله تعالى من آخر الوطئات) و به اخذ ابوالقاسم الصفار و قال ابوبكر البلخي تجب العدة من وقت الفرقة. و قال داود و لا عدة في النكاح الفاسد (لان الوطء

=> يموت او يطلق رواه ابن ابي شيبة و سنده حسن و عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه قال العدة من يوم يموت رواه ابن ابي شيبة و سنده صحيح. (١) وعن علي رضي الله تعالى عنه الخ رواه ابن ابي شيبة عنوان من قال من يوم ياتيها الخبر ص١٩٨ج٥ و كذلك في سنن الكبرى للبيهقي ص٤٢٥ج٧ و قد اختلفت الروايات عن علي رضي الله عنه فالزواية المشهورة هذه و الرواية الثانية ماروى عن علي رضي الله تعالي عنه قال العدة من يوم يطلق او يموت رواه البيهقي في سننه ص٤٢٥ج٧ و التفصيل في نصب الراية ص٢٥٩ ج٣. (٢) بان يتواضعا الخ كذا =>

هو السبب الموجب و لنا ان كل وطء وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطء(١) الواحد لاستناد الكل الى حكم عقد واحد، و لهذا يكتفي في الكل بمهر واحد، فقبل المتاركة او العزم لاتثبت العدة مع جواز وجود غيره و لان التمكن على وجه الشبهة اقيم مقام حقيقة الوطء لخفائه و مساس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره، و اذا قالت المعتدة انقضت عدتي و كذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين لانها امينة في ذلك و قد اتهمت

هو السبب الموجب) اي للعدة اذ لو لم يطأها لم تجب العدة. (و لنا ان كل وطء وجد في العقد الفاسد يجرى مجرى الوطأة الواحدة) تقريره القول بالموجب و هو ان يقال سلمنا ان الوطء هو السبب الموجب لكن جميع الوطئات التي توجد بالعقد الفاسد بمنزلة وطأة واحدة (لاستناد الكل) اي كل الوطئات (الى حكم عقد واحد) و هو بشبهة العقد، و تلك الشبهة انما ترتفع بالمتاركة كما في النكاح يرتفع بالطلاق (و لهذا) ايضاح لقوله استناد الكل الى حكم عقد واحد(يكتفي في الكل بمهر واحد، فقبل المتاركة او العزم لاتثبت العدة مع جواز وجود غيره) فلايكون الذي قبله اخيراً، و تقديره(٢) ان العدة لاتثبت الا بآخر وطأة و آخر وطئة لاتوجد الا بالتفريق او العزم، و الوطء الاخير لايوقف عليه لما قلنا انه يجوز ان يوجد غيره (و لان التمكن) دليل آخر(٣) اي لان التمكن من الوطء (على وجه الشبهة اقيم مقام حقيقة الوطء لخفائه) اي لخفاء الوطء (و مساس الحاجة) جواب عما يقال لانسلم ان حقيقة الوطء امر خفي لان الحاجة الى معرفة العدة للزوجين و حقيقة الوطئ ليست بخفية بالنسبة اليهما فاجاب بقوله و مساس الحاجة (الى معرفة الحكم في حق غيره) اي غير الواطئ وغيره هو الزوج الذي يريد ان يتزوجها و كذا اخت الموطوءة و اربع سواها (و اذا قالت المعتدة انقضت عدتي و كذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين، لانها امينة في ذلك) اي في اخبارها بانقضاء عدتها لان هذا لايعلم الا من جهتها (و قد اتهمت

=> في العناية و الكفاية. (١) الوطء الواحد – ن – الوطئة الواحدة. (٢) و تقديره الخ و في العناية ص١٥٥ ج٤ العدة لاتثبت الا بآخر وطأة و آخر وطأة لاتوجد الا بالتفريق او العزم فالعدة لاتثبت الا بالتفريق او العزم اما انها لاتثبت الا بآخر و طأة فبالاتفاق بيننا و بين الخصم و اما ان آخر وطأة لاتوجد الا بالتفريق او العزم فلما قال مع جواز وجود غيره انتهى. (٣) دليل آخر الخ و في العناية و تقريره ان حقيقة الوطي امر خفي له سبب ظاهر و هو التمكن من الوطئ على وجه الشبهة و كل امر خفي له سبب ظاهر يقام السبب مقامه و يدار عليه الحكم فالتمكن من الوطئ على وجه الشبهة يقوم مقام حقيقة الوطئ و اذا قام مقامها فمهما كان التمكن باقيا كان الوطئ باقيا فلايتعين آخر الوطئات اذ التمكن باق بعد كل وطأة فرضت فلابد من المتاركة او العزم ليرتفع =>

بالكذب فتحلف كالمودع. و اذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائنا ثم تزوجها في عدتها و طلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل، و عليها عدة مستقبلة و هذا عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى عليه نصف المهر، و عليها اتمام العدة الاولى لان هذا طلاق قبل المسيس فلايوجب كمال المهر، و لا استئناف العدة

بالكذب، فتحلف كالمودع) بفتح الدال اذا ادعى الرد او الهلاك و كذبه المودع بكسر الدال. و قال فخر الاسلام اذا حلفت صدقت، معناه ان حلفت بطلت الرجعة، و ان نكلت لم تبطل، بل بقيت كما كانت. و قال الاترازي و هذا ليس باستحلاف على الرجعة، بل على بقاء العدة، فلايرد نقضاً على ابي حنيفة رحمه الله تعالى يعني لا استحلاف عنده في الرجعة (و اذا طلق الرجل امراته طلاقاً بائنا ثم تزوجها في عدتها فطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل، و عليها عدة مستقبلة، و هذا) اي هذا الحكم المذكور (عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى) و انما زاد هذا اللفظ اعني قوله هذا عند ابي حنيفة و ابي يوسف، لان هذه المسالة من مسائل القدوري، و لم يذكر فيها اباحنيفة و ابايوسف. و انما قال اذا طلق الرجل امراته طلاقا بائناً الى قوله و عليها عدة مستقبلة ثم قال مثل ما قال المصنف (و قال محمد رحمه الله تعالى عليه نصف المهر و عليها اتمام العدة الاولى) و عند زفر رحمه الله تعالى يجب نصف المهر الثاني و لا عدة عليها، و على هذا الخلاف اذا تزوجت المراة غير كفو و دخل بها و فرق القاضي بينهما بخصومة الولي و الزمه المهر و الزمها العدة، ثم تزوجها في عدتها بغير ولي ففرق القاضي بينهما قبل ان يدخل بها كان لها عليه المهر الثاني كاملاً، و عليها عدة مستقبلة في قول ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى و لو كان تزوجها بعد انقضاء العدة كان لها نصف المهر في قولهم جميعاً، كذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي في باب الاكفاء. و في شرح الكافي قوله طلاقاً بائناً و كذا لو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق ثم تزوجها في العدة، ثم قال و صورتها انها تزوجت بغير كفء، و قد ذكرناها الآن. و في الذخيرة هذه المسائل مبنية على اصل واحد و هو ان الدخول في النكاح الاول هل يكون دخولاً في النكاح الثاني ام لا. فعند ابي حنيفة و ابي يوسف يكون(١) و هو رواية عن احمد رحمه الله تعالى (لان هذا طلاق قبل المسيس) اي قبل الدخول و الخلوة الصحيحة (فلايوجب كمال المهر) و كل طلاق هكذا لايوجب كمال المهر بل هو منصف المهر بالنص (و لا استئناف) اي و لايوجب عليها استئناف (العدة) لان العدة لاتجب في الطلاق قبل

=> التمكن فيتعين آخر الوطآت انتهى. (١) يكون - و عند محمد لايكون - العناية.

و اكمال العدة الاولى انما يجب بالطلاق الاول الا انه لم يظهر حال التزوج الثاني، فاذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه، كما لو اشترى ام ولده ثم اعتقها، و لهما انها مقبوضة في يده حقيقة بالوطئة الاولى، و بقي اثره و هو العدة، فاذا جدد النكاح و هي مقبوضة ناب ذلك القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح

المسيس بالنص ايضا (و اكمال العدة الاولى انما وجب بالطلاق الاول، الا انه لم يظهر) يعني اكمال العدة الاولى (حال التزوج الثاني) لعدم اختلاط المياه (فاذا ارتفع) اي التزوج الثاني (بالطلاق الثاني ظهر حكمه) اي حكم الطلاق الاول، لانه لما طلقها ثانيا بلادخول فصار النكاح الثاني كالمعدوم، فيجب عليه اكمال العدة الاولى (كما لو اشترى ام ولده ثم اعتقها) صورته رجل اشترى امراته و هي امة فولدت منه فسد النكاح و كانت حلالاً له بالملك، فلاباس بان تتزين و لا تتقي الطيب لانها غير معتدة في حقه، لان العدة اثر النكاح، فلما كان الملك ينافي النكاح ينافي اثره لكنها معتدة في حق غيره، حتى اذا اراد ان يزوجها من غيره ليس له ذلك، حتى تحيض حيضتين، فان الفرقة بعد الدخول فكانت معتدة في حق غيره ثم اذا اعتقها بعد الشراء فعليها ثلاث حيض، لانها صارت ام ولد حين اشتراها بعد ما ولدت بالنكاح، و على ام الولد ثلاث حيض، لكنها تتقي الطيب و الزينة في الحيضتين الاوليتين استحساناً. و في القياس ليس لها ذلك، لان الحداد لم يلزمها عند وقوع الفرقة، فلايلزمها بعد ذلك. وجه الاستحسان ان العدة وجبت عليها بالفرقة لكنها لم تظهر ذلك في حق المولى لكونها حلالاً له بالملك، فظهرت تلك العدة و العدة بعد الفرقة من نكاح صحيح يجب فيها الحداد، فاما في الحيضة الثالثة فلا حداد عليها، لانها لم تجب بسبب النكاح بل العتق، و لا حداد على ام الولد (و لهما) اي و لابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى (انها مقبوضة في يده) اي ان ام الولد مقبوضة في يد مولاها (حقيقة بالوطئة الاولى) اذ الوطء في هذا الباب بمنزلة القبض (و بقى اثره) اي و الحال انه بقي اثر الوطء الاول (و هو العدة، فاذا جدد النكاح و هي مقبوضة) بالدخول في النكاح الاول (ناب ذلك القبض) اي في الدخول الاول (عن القبض المستحق في هذا النكاح) فاذا طلقها صار كانه طلقها بعد الدخول في النكاح الثاني، فيجب عليه مهر كامل و عليها عدة مستقبلة فان قيل(١) لو كان الطلاق بعد النكاح الثاني كالنكاح بعد الدخول لكان صريحه معقباً للرجعة، كالطلاق الصريح بعد الدخول، و ليس كذلك. فان الواقع بائن. اجيب بانه ليس بطلاق بعد

---

(١) فان قيل الخ كذا في العناية.

كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضاً بمجرد العقد، فوضح بهذا انه طلاق بعد الدخول. و قال زفر رحمه الله تعالى لاعدة عليها اصلاً، لان الاولى قد سقطت بالتزوج فلاتعود، و الثانية لم تجب، و جوابه ما قلنا قال و اذا طلق الذمي الذمية فلاعدة عليها، و كذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة، فان تزوجت جاز، الا ان تكون حاملاً و هذا كله عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا عليها و على

الدخول، و انما هو كالطلاق بعد الدخول، و المشابه للشيء لايلزم ان يساويه في جميع الوجوه، الا ترى ان الخلوة كالدخول في حق تكميل المهر و وجوب العدة لا فيما سواهما، حتى لو طلقها بعد الخلوة كان الواقع بائنا (كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضاً بمجرد العقد) شبه الحكم المذكور بحكم الغاصب الذي اشترى المغصوب الذي في يده من المالك يصير قابضاً بقبض الذي يتم به العقد (فوضح بهذا) اي فظهر بما قررناه من الدليل (أنه) اي هذا الطلاق (طلاق بعد الدخول) تشبيهاً لا تحقيقاً، بدليل قوله قبله ناب ذلك القبض عن القبض المستحق (و قال زفر رحمه الله تعالى لاعدة عليها اصلاً لان الاولى) اي العدة الاولى (قد سقطت بالتزوج فلاتعود) لان الساقط لايعود (و الثانية) اي العدة الثانية (لم تجب) لانه طلاق قبل الدخول (و جوابه ما قلنا) اي جواب زفر ما قلنا من الدليل(١) و هو انها مقبوضة في يده ببقاء اثر القبض، و هو العدة (قال) اي القدوري (و اذا طلق الذمي الذمية فلاعدة عليها، و كذا) اي و كذا لاعدة (اذا خرجت الحربية) من دار الحرب (الينا) اي الى دار الاسلام حال كونها (مسلمة) و الاسلام(٢) ليس بشرط في عدم وجوب العدة، بل الشرط هو الخروج على سبيل المراغمة، اي المغاضبة، و على نية ان لاتعود الى دار الحرب ابداً، يقال فلان راغم قومه اذا نابذ هم و خرج عنهم، ذكره التمرتاشي، و قال اذا خرج احد الزوجين الينا مسلماً او ذمياً او مستامناً ثم اسلم او صار ذمياً و الآخر على حربه فقد زالت الزوجية (فان تزوجت) اي هذه كمهاجرة الى دار الاسلام (جاز) و لا عدة عليها (الا ان تكون حاملاً) فلاتزوج حتى تضع حملها و عليه نص الحاكم الشهيد في الكافي، و قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير و روى محمد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة ان مع الحبل يجوز نكاح المهاجرة و لكن لايقربها زوجها، و الصحيح جواب الكتاب يعني لايجوز تزوجها مع الحبل (و هذا) اي و هذا المذكور (كله قول ابي حنيفة و قالا) اي و قال ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى (عليها) اي على التي خرجت من دار الحرب (و على

---

(١) من الدليل و في العناية قوله و جوابه ما قلنا اشارة الى قوله و اكمال العدة الاولى و الى قوله و لهما انها مقبوضة في يده الخ. (٢) و الاسلام ليس بشرط و انما قيد المصنف بقوله مسلمة بيانا لاحسن حالاتها- العناية.

الذمية العدة اما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم و قد بيناه في كتاب النكاح. و قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى فيما اذا كان معتقدهم انه لاعدة عليها و اما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة، فكذا بسبب التباين، بخلاف ما اذا هاجر الرجل و تركها لعدم التبليغ. و له قوله تعالى لا جناح عليكم ان تنكحوهن و لان العدة حيث وجبت كان فيها حق بني آدم و الحربي ملحق بالجماد حتى كان محلاً للتملك الا ان تكون حاملاً، لان في بطنها ولداً ثابت النسب،

الذمية) التي طلقها زوجها (العدة، اما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم)(١) يعني ان نكاح المحارم فيما بينهم صحيح عنده اذا كان معتقدهم ذلك (و قد بيناه في كتاب النكاح) في باب نكاح اهل الشرك (و قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى فيما اذا كان معتقدهم انه لا عدة عليها) يعني قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى في جواز تزوج الذمية المطلقة من الذمي بلاعدة انما يجوز اذا كان في اعتقاد اهل الذمة جواز ذلك (و اما المهاجرة) التي هاجرت من دار الحرب الى دار الاسلام (فوجه قولهما) في ذلك (ان الفرقة) بين الزوجين الذميين (لو وقعت بسبب آخر) كالطلاق(٢) (وجبت العدة فكذا) يجب (بسبب التباين) من دار الحرب (بخلاف ما اذا هاجر الرجل) اي الزوج الى دار الاسلام (و تركها) في دار الحرب لاتجب العدة عليها بالاتفاق (لعدم التبليغ) اي لعدم تبليغ حكم الشرع اليها (و له) اي و لابي حنيفة رحمه الله تعالى (قوله تعالى لاجناح عليكم ان تنكحوهن)(٣) نفى الجناح في نكاح المهاجرات مطلقاً فتقييده بما بعد انقضاء العدة زيادة على النص (و لان العدة) دليل معقول، تقديره ان العدة (حيث وجبت كان فيها حق بني آدم) لانها تجب صيانة لماء محترم، و لهذا لايجب قبل الدخول (و الحربي ملحق بالجماد، حتى كان محلا للتملك) يباع في الاسواق كالبهائم (الا ان تكون حاملاً) يجوز ان يكون استثناء من قوله - و الحربي ملحق بالجماد - لان معناه و الحربي لا حق له، الا ان تكون امراته حاملاً (لان في بطنها ولدا ثابت النسب)(٤) و الفراش قائم بنكاحها، فيستلزم

---

(١) في نكاحهم محارمهم - يعني كما ان نكاح المحارم فيما بينهم صحيح عنده اذا كان معتقدهم ذالك حتى لايتعرض لهم كذالك الذمية المطلقة لاعدة عليها من الكافر اذا كان معتقدهم ذالك العناية ص١٥٨ ج٤. (٢) كالطلاق و في فتح القدير بسبب آخر غير التباين في دار السلام كالمطاوعة و الموت و الطلاق. (٣) ان تنكحوهن - المتحنة - ١٠. (٤) ثابت النسب و الحمل الثابت النسب يكون امنع من احتماله الاترى ان ام الولد اذا كانت حاملا لايزوجها مولاها و اذا كانت حائلا جاز له ذالك و هذا لان الولد اذا كان ثابت النسب كان الفراش قائما =>

و عن ابي حنيفة رحمه اللّه تعالى انه يجوز نكاحها و لايطأها كالحبلى من الزنا و الاول اصح

فصل

قال و على المبتوتة و المتوفى عنها

الجمع بين الفراشين، و لا كذلك اذا لم تكن حاملا فان قلت(١) قوله تعالى لا جناح عليكم ان تنكحوهن مطلق لايفصل بين الحامل و الحائل، فتقييده بالحمل زيادة على النص فلايجوز. قلت ان قوله صلى اللّه عليه وسلم من كان يؤمن باللّه و اليوم الآخر فلايسقين ماءه زرع غيره، حديث مشهور تلقته الائمة بالقبول فيجوز به الزيادة، بخلاف العدة، فانه ليس فيها مثله (و عن ابي حنيفة) رواه الحسن عنه (انه يجوز نكاحها و لايطأها كالحبلى من الزنا) اي لاحرمة لماء الحربي كماء الزنا (و الاول) و هو عدم صحة نكاحها (أصح) لان الحمل من الزنا لانسب له، و هنا النسب ثابت من الحربي. ثم اعلم ان المصنف لم يذكر في هذا الباب وجوب العدة على الصغيرة و المكاتبة. و في الذخيرة طلق الصغيرة بعد الدخول تعتد بثلاثة اشهر، و عن الفضلي اذا كانت مراهقة فعدتها لاتنقضي بالاشهر، بل يوقف حالها الى ان يظهر انها حبلت بذلك الوطء أم لا، فان ظهر كانت عدتها بوضع الحمل، و الا فبالاشهر. و لو حاضت في الاشهر تستأنف العدة. و اختلف مشايخنا في اطلاق ايجاب العدة على الصغيرة، و اكثر المشايخ لايطلقون لفظ وجوب العدة، لانها غير مخاطبة لكن ينبغي ان يقال تعتد و تجب العدة على الكتابية اذا كانت تحت مسلم كالمسلمة لو كانت تحت ذمي، فلاعدة عليها في موت، و لا فراق عند ابي حنيفة و عندهما تجب. و اختلف العلماء في عدة المستحاضة فعندنا هي و غيرها سواء لانها اذا كانت صاحبة العادة ردت الى ايام عادتها، و المبتدأة و الناسية عادته تعتد بثلاثة اشهر، و عند الشافعي و احمد رحمهما اللّه تعالى ثلاثة اشهر اذا لم يوجد تمييز. و قال مالك رحمه اللّه تعالى سنة في الطلاق كالوفاة فتسعة اشهر استبراء و ثلاثة اشهر عدة حرة كانت أو امة او كتابية.

(فصل)

اي هذا فصل في بيان ما يجب على المعتدات من الفعل و الترك (قال) اي القدوري في مختصره (و على المبتوتة)(٢) هذه اللفظة تقع على المطلقة بائنا او ثلاثاً و على المختلعة (و المتوفى عنها

=> فنكاحها يستلزم الجمع بين الفراشين و لا كذلك اذا لم يكن - العناية. (١) فان قلت الخ كذا في العناية.

(٢) المبتوتة و في العناية يقال بت طلاق المراة و ابته و المبتوتة المراة واصلها المبتوت طلاقها و المراد بالمبتوتة من انقطع عنها حق الرجعة.

زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد، اما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه الصلوة و السلام لايحل لامراة تؤمن بالله و اليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلاثة ايام الا على زوجها اربعة اشهر و عشراً

زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد)(١) بكسر الحاء المهملة و تخفيف الدالين المهملتين مصدر من حدت المراة اذا تركت الزينة و الخضاب بعد وفاة زوجها، و هو من نصر ينصر، و ضرب يضرب، و احدت المراة ايضا احداداً. و ابي الاصمعي الا احدت، فهي محد، كذا قاله ابن دريد. و قال ابن شداد في احكامه احد و حد لغتان، و هو من الحد، و هو المنع، و انها منعت نفسها، و الحداد ايضا ثياب المآتم السود (اما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه الصلوة و السلام) اي لقول النبي صلي الله عليه وسلم (لايحل لامراة تؤمن بالله و اليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلاثة ايام الا على زوجها اربعة اشهر و عشراً) هذا الحديث(٢) اخرجه الجماعة(٣) الا الترمذي عن ام عطية رضي الله تعالى عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لايحل لامراة تؤمن بالله و اليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج اربعة اشهر و عشراً، و لاتلبس ثوباً مصبوغاً الا ثوب عصب، و لاتكتحل، و لاتمس طيباً الا اذا طهرت نبذة من قسط او اظفار. و في لفظ للبخاري و مسلم و قد رخص للمراة في طهرها اذا اغتسلت من حيضها في نبذة من قسط او اظفار. و قال الاكمل(٤) و في وجه الاستدلال بهذا الحديث اشكال، لان مقتضاه احلال الاحداد للمتوفى عنها زوجها، لكون الاستثناء من التحريم و الاستثناء من التحريم احلال، و ليس الكلام فيه، و انما هو في الايجاب، ثم قال و قال في النهاية يمكن ان يقال قوله عليه الصلوة

---

(١) الحداد الخ كذا في لسان العرب و راجع عمدة القاري باب تحد المتوفى عنها زوجها الخ ص٢ ج٢١ و كتاب الجنائز باب حداد المراة على غير زوجها ص٦٤ ج٨ و شرح المسلم للنووي ص٤٨٦ ج١ و فتح الباري باب تحد المتوفى عنها زوجها ص٦٠٦ ج٩ و الاوجز ماجاء في الاحداد ص٤٤٧ ج٤ و تكملة شرح المهذب باب الاحداد ص١٨١ ج١٨. (٢) هذا الحديث الخ و قال الزيلعي رحمه الله تعالى في نصب الراية ص٢٦٠ ج٣ روى من حديث ام عطية و من حديث ام حبيبة و من حديث حفصة و من حديث زينب بنت جحش و من حديث عائشة رضي الله تعالى عنهن ثم سرد هذه الاحاديث بالبسط و التفصيل حسب دابه و بعض بيانه في فتح القدير ص١٦١ ج٤. (٣) الجماعة - البخاري باب القسط للحادة عند الطهر ص٨٠٤ ج٢ و مسلم باب وجوب الاحداد٢٩٨٢٩٨ في عدة الوفاة ص٤٨٨ ج١ و ابوداود باب فيما تجتنب المعتدة ص٣٢٢ ج١ و النسائى ما تجتنب الحادة من الثياب المصبغة ص١١٧ ج٢ و ابن ماجة باب هل تحد المراة على غير زوجها ص١٥٢. (٤) الاكمل في العناية و نحوه في الفتح و الكفاية.

و السلام لايحل نفي احلال الاحداد و نفى احلال الاحداد نفى الاحداد نفسه، فحينئذ كان في المستثنى اثبات الاحداد لامحالة، و كان تقدير الحديث لاتحد المراة على ميت فوق ثلاثة ايام الا المتوفى عنها زوجها، فانها تحد اربعة اشهر و عشراً، فكان هذا اخبارا باحداد المتوفى عنها زوجها فكان واجباً لان اخبار الشرع آكد من الامر، و هذاا انسب ما وجدت في الشروح انتهى. قلت هذا التعسف لغة(١) من التقصير من النظر في تمام الحديث، فان المصنف ايضا ما اخرج الحديث بتمامه و قد ذكرناه، و فيه تصريح بوجوب الاحداد على ما لايخفى(٢) على المتامل و العصب(٣) من برود اليمن يصبغ غزله ثم يحاك قوله نبذة من قسط بضم القاف و سكون السين المهملة، و هو ضرب من العود و قيل ضرب من الطيب و الاظفار ضرب من الطيب لا واحد له من لفظه. و قيل واحده ظفر، و يروى من قسط ظفار بدون الالف بوزن قطام، و هو اسم مدينة لحمير باليمن، قوله - نبذة - اي قطعة، و هو بضم النون و سكون الباء الموحدة، و المتوفى عنها زوجها

(١) لغة الخ كذا في الاصل من المطبوعة و المخطوطة لكني ما فهمته لعل ههنا تصحيفا. (٢) لايخفى و في فتح القدير ص١٦١ ج٤ و الحق ان الاستدلال بنحو حديث حفصة رضي الله تعالى عنها في صحيح مسلم (ص٤٨٨ ج١) انه صلى الله عليه وسلم قال لايحل لامرأة تؤمن بالله و اليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلاثة ايام الا على زوجها فانها تحد عليه اربعة اشهر و عشرا فان فيه تصريحا بالاخبار و يكون الحديث المذكور للمصنف محكوما بارادة الاخبار بوجود فعلها منه بطريق الحمل لظهور ارادته في حديث آخر. و في الكفاية و قد روى هذا الحديث في الصحيح و المبسوط لايحل لامراة تؤمن بالله و اليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلاثة ايام الا على زوجها فانها تحد عليه اربعة اشهر و عشرا وجه التمسك على هذا الوجه ظاهر فانه اخبار عن احدادها و الاخبار في اقتضاء الفعل آكد من الامر على ما عرف فيكون الاحداد واجبا انتهى. (٣) و العصب الخ و في النهاية لابن الاثير ص٢٤٥ ج٣ العصب برود يمنية يعصب عزلها اي يجمع و يشد ثم يصبغ و ينسج فيأتي موشيا لبقاء ما عصب منه ابيض لم ياخذه صبغ يقال برد عصب و برود عصب بالتنوين و الاضافة و قيل هي برود مخططة فيكون النهى للمعتدة عما صبغ بعد النسج انتهى و كذالك في عمدة القاري ص٦ ج٢١ و لسان العرب و قال ابن الاثير في النهاية ص٦٠ ج٤ و في حديث ام عطية لاتمس طيبا الا نبذة من قسط و اظفار القسط ضرب من الطيب و قيل هو العود و قال في ص١٥٨ ج٣ و في حديث ام عطية من قسط اظفار (بالاضافة) و في رواية من قسط و اظفار (بالعطف) الاظفار جنس من الطيب لا واحد له من لفظه و قيل واحده ظفر و قيل هو شيء من العطر اسود و القطعة منه شبيهة بالظفر و كذالك في لسان العرب مادة ظفر و قال النووي رحمه الله تعالى في شرح المسلم ص٤٨٨ ج١ القسط و الاظفار نوعان من البخور و ليسا من مقصود الطيب رخص فيه للمغتسلة من الحيض لازالة الرائحة الكريهة لا للتطيب.

و اما المبتوتة فمذهبنا. و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا حداد عليها لانه وجب اظهارا للتاسف على فوت زوج وفي بعهدها الى مماته و قد اوحشها بالابانة فلاتاسف بفوته. و لنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة ان تختضب بالحناء و قال الحناء طيب

تحد و عليه اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم، و هو مذهب أصحابنا(١) و سفيان الثوري و مالك و الشافعي و احمد و اسحاق رحمهم الله تعالى سواء كانت حاملاً او غيرها. وقال الشعبي و الحسن البصري و الحكم بن عيينة لايجب. و قال الظاهرية فرض عليها الاحداد فان قيل(٢) الاحداد التاسف على فوت النعم، و ذلك مذموم، قال الله تعالى لكيلا تاسوا على ما فاتكم و لاتفرحوا بما آتاكم(٣) فكيف صار واجباً بالخبر معارضاً بالكتاب. اجيب(٤) بان المراد بقوله تعالى لكيلا تاسوا ... الآية، الاسى مع الصياح، و الفرح مع الصياح نقل عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه(٥) موقوفاً و مرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم. (و اما المبتوتة فمذهبنا) و به قال الشافعي في القديم و احمد في رواية (و قال الشافعي رحمه الله تعالى) في الجديد (لا حداد عليها) و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى في رواية. و في المنهاج يستحب، و في قول يجب (لانه) اي لان الاحداد (وجب اظهاراً للتاسف على فوت زوج وفي تعهدها)(٦) اي وفي تعهد المراة ما فاتها من حسن العشرة، الا ان فرق الموت بينهما (و قد اوحشها بالابانة) حيث اساء اليها بالفراق و ايثاره غيرها عليها (فلاتاسف بفوته) اي بفوت هذا الزوج (و لنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة ان تختضب بالحناء، و قال الحناء طيب) ظاهر(٧) ما ذكره المصنف يدل على انه حديثان و ذكره السروجي حديثاً واحدا لا كما زعم

---

(١) و هو مذهب اصحابنا الخ راجع الاوجز ص٤٤٧ ج٤ و فتح الباري ص٦٠٧ ج٩ و المغنى ص١٦٦ ج٩ و تكملة شرح المهذب ص١٨١ ج١٨ باب الاحداد. (٢) فان قيل الخ كذا في العناية ص١٦٠ ج٤ و الكفاية. (٣) بما آتاكم الآية الحديد - ٢٣. (٤) اجيب الخ و لك ان تقول المذموم هو التاسف على فوت النعم الدنيوية المحضة و نعمة النكاح ليست كذالك فانها من اسباب النجاة في المعاد و الدنيا انتهى ما في حاشية الچلپي على العناية. (٥) عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه موقوفا و مرفوعا كذا في الفتح و الكفاية. (٦) تعهدها، هذا اللفظ في اكثر نسخ الهداية بعهدها بحرف الباء الجارة لكن في البناية تعهدها بالتاء مصدر من باب التفعل و المفهوم واحد. (٧) ظاهر ما ذكره المصنف الخ و في نصب الراية ص٢٦١ ج٣ و الظاهر ان لفظ المصنف حديثان و يحتمل انه حديث واحد كما ذكره السروجي في الغاية و عزاه للنسائي و لفظه نهى المعتدة عن الكحل و الدهن و الخضاب بالحناء و قال الحناء طيب انتهى و هو وهم منه و المصنف استدل بهذا الحديث على ان المعتدة عليها الاحداد كالمتوفى عنها زوجها و فيه خلاف الشافعي فتعين ان يكون الحديث كما اورده المصنف حديثا واحدا و حديث =>

و لانه يجب اظهارا للتاسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها و كفاية مؤنها، و الابانة اقطع لها من الموت، حتى كان لها ان تغسله ميتاً قبل الابانة لا بعدها،

السروجي. و قال مخرج الاحاديث هذا وهم منه، لان المصنف استدل بهذا الحديث على ان المبتوتة عليها الاحداد كالمتوفى عنها زوجها، و فيه خلاف الشافعي رحمه الله تعالى فتعين ان يكون الحديث واحداً. فان قلت استدل بعضهم لقول المصنف، و لنا ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم الى قوله، و قال الحناء طيب، بحديث اخرجه ابوداود (١) في سننه عن ام حكيم بنت اسيد عن امها عن مولاة لها عن ام سلمة رضي الله تعالى عنها قالت قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم و انا في عدتي من وفاة ابي سلمة لاتمتشطي بالطيب و لا بالحناء، فانه خضاب. قلت باي شيء امتشط يا رسول الله صلى الله عليه وسلم قال بالسدر تغلفين به راسك. قلت حديث ابي داود هذا اجنبي عن المقصود على ما لا يخفى، فالاستدلال به غير مطابق. و قوله - نهى المعتدة - اعم من ان تكون معتدة الوفاة او معتدة الطلاق، و تمام الحديث الحناء طيب، فالحديث حديث واحد و اخرجه البيهقي في كتاب المعرفة في الحج عن ابي لهيعة عن بكير بن عبدالله بن الاشج عن خولة بنت حكيم عن امها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لاتطيبي و انت محرمة، و لاتمسي الحناء، فانه طيب، و عزاه السروجي في الغاية الى النسائى لفظه نهى المعتدة عن التكحيل و الدهن و الخضاب بالحناء، و قال الحناء طيب. و قال البيهقي اسناده ضعيف، فان ابن لهيعة لايحتج به. قلت تكلموا فيه كثيراً، و لكن روي عن احمد انه قال من كان مثل ابن لهيعة بمصر في كثرة حديثه و ضبطه و اتقانه، و حدث عنه احمد كثيراً و روى له مسلم مقرونا بعمرو بن الحارث روى له الاربعة و الطحاوي. (و لانه) (٢) اي و لان الاحداد (يجب اظهارا للتأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها) اي لصون المراة عن ارتكاب مالايجوز (و كفاية مؤنها) و لاجل كفاية مؤنها، و هو جمع مؤنة من نفقتها و كسوتها (و الابانة اقطع لها) اي لنعمة النكاح (من الموت) لان حكم النكاح باق بعد الوفاة الى ان تنقضي العدة (حتى كان لها ان تغسله) اي حتى كان للمراة ان تغسل زوجها، حال كونه (ميتاً قبل الابانة لا بعدها) لانه

=> ابي داود هذا اجنبي عن المقصود و الذي ذكره السروجي مطابق الا انى ما وجدته انتهى. (١) ابوداود باب فيما تجتنب المعتدة ص٣٢٢ ج١ و قال ابن الهمام في الفتح ص١٦٣ ج٤ بعد ذكر هذا الحديث رواه احمد وغيره لكن امها مجهولة و في نصب الراية صص٢٦١ ج٣ و ذكر عبد الحق في احكامه من جهة ابى داود و قال ليس لهذا الحديث اسناد يعرف. (٢) و لانه الخ دليل معقول و يجوز ان يكون بيانا لالحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها بطريق الدلالة كالحاق ضرب الوالدين بالتافيف العناية.

و الحداد و يقال الاحداد و هما لغتان أن تترك الطيب و الزينة و الكحل و الدهن المطيب و غير المطيب الا من عذر، و في الجامع الصغير الا من وجع، و المعنى فيه وجهان، احدهما ما ذكرناه من اظهار التاسف، و الثاني ان هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها و هي ممنوعة عن النكاح فتجتنبها

لايبقى النكاح بعدها اصلاً. فان قيل(١) فكيف تتاسف المختلعة و قد افتدت نفسها بالمال لطلب الخلاص منه، و كذا المبانة كيف تتاسف و قد جفاها بالابانة و آثر غيرها عليها، بل تظهر السرور بالتخلص عن مثل هذا الزوج كما قال الخصم. اجيب(٢) بان وجوب الاداد دائر بفوت النكاح الصحيح لا باعتبار وفاء الزوج و جفائه. و في هذا لا فرق بين المختلعة و المبتوتة فان قيل(٣) لو كان كذلك ينبغي ان تجب على الازواج كما تجب على الزوجات، لما ان نعمة النكاح مشترك بينهما، اجيب بان النص لم يرد الا في الزوجات، و الازواج ليسوا في معناهن لكونهم ادنى منهن في نعمة النكاح، لما فيه من صيانتهن، لانهن لحم على وضم و درور النفقة عليهن لكونهن ضعائف عن الكسب عواجز عن التغلب، و لا كذلك الازواج (و الحداد و يقال الاحداد) اراد بهذا تعريف الاحداد، و كان موضعه في اول الكلام. قوله - الحداد - مبتدأ و خبره قوله أن تترك الطيب.... الى آخره. و قوله و يقال الاحداد جملة معترضة، اي يقال في الحداد الاحداد ايضا (و هما لغتان) جملة معترضة ايضا، اي الحداد بلاهمزة في اوله، و الاحداد بهمزة لغتان مستعملتان، و قد مضى الكلام فيه عن قريب (أن تترك الطيب) اي تترك المعتدة استعمال الطيب (و الزينة) اي و استعمال الزينة (و الكحل) بضم الكاف، اي يترك الكحل، و هو مصدر، و بالضم اسم (و الدهن) اي و استعمال الدهن (المطيب، و غير المطيب الا من عذر) هكذا لفظ القدوري و لفظ محمد. (و في الجامع الصغير الا من وجع) و هو اشارة الى ان العذر هو التداوي (و المعنى فيه وجهان) اي في ايجاب ترك الطيب و الزينة وجهان (احدهما ما ذكرناه من اظهار التاسف) على زوال النكاح (و الثاني) اي الوجه الثاني (ان هذه الاشياء) اي الطيب و الزينة و الكحل و الدهن (دواعي الرغبة فيها) اي في المراة، لانها اذا كانت مطيبة متزينة تزيد رغبة الرجل فيها فوق ما يكون اذا كانت خالية عن الاشياء المذكورة (و هي ممنوعة عن النكاح) اي المراة المحدة ممنوعة عن النكاح ما دامت في عدة النكاح و الوفاة (فتجتنبها) اي اذا كان الامر كذلك تجتنب هذه المحدة

---

(١) فان قيل الخ كذا في العناية. (٢) اجيب الخ و في العناية فالجواب ان الاحكام انما تعتبر بالموضوعات الاصلية و فوات نعمة النكاح مما يوجب التاسف بوضعه فلامعتبر بصورة نقض صدرت من ناقصات العقل و الدين. (٣) فان قيل لو الخ كذا في العناية.

كيلا تصير ذريعة الى الوقوع في المحرم، و قد صح ان النبي عليه الصلوة و السلام لم يأذن للمعتدة في الاكتحال و الدهن لايعرى عن نوع طيب و فيه زينة الشعر، و لهذا يمنع المحرم عنه، قال الا من عذر لان فيه ضرورة، و المراد الدواء لا الزينة، و لو اعتادت الدهن فخافت وجعاً، فان كان ذلك امراً ظاهراً يباح لها، لان الغالب كالواقع و كذا لبس الحرير

الاشياء المذكورة (كيلا تصير ذريعة) اي كيلا تصير هذه الاشياء وسيلة (الى الوقوع في المحرم)(١) اي الحرام (و قد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم لم ياذن للمعتدة في الاكتحال) اراد بالمعتدة التعميم، و لم يرد غير المتوفى عنها زوجها خاصة، كذا قال مخرج الاحاديث(٢) في تخريجه. و قوله - و قد صح - النهي عن الاكتحال، فان الائمة الستة(٣) قد اخرجوه في سننهم مختصرا و مطولا عن زينب بنت ام سلمة عن امها امراة توفى عنها زوجها فخافوا على عينيها فاتوا النبي صلى الله عليه وسلم فاستاذنوه في الكحل، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مرتين او ثلاثاً حتى تمضي اربعة اشهر و عشراً و اما الدهن فلم يصح شيء، غير انه اذا كان مطيباً فظاهر انها ممنوعة عن الطيب و ان لم يلق فيه على ما يجيء الآن (و الدهن)(٤) مبتدأ، و قوله (لايعرى) خبره، و اشار بها الى ان الدهن ممنوع مطلقاً لانه في ذاته لايعرى (عن نوع طيب) و ان لم يلق فيه الطيب، و لهذا قال عن نوع طيب (و فيه زينة الشعر) لانه يحسنه و يزيد فيه بهجة (و لهذا) اي و لاجل كونه زينة للشعر (يمنع المحرم عنه) فلايجوز استعماله (قال الا من عذر) اي قال القدوري تترك المحدة الاشياء المذكورة من الطيب و الزينة و الكحل و الدهن الا من عذر و ضرورة وقعت، فحينئذ يجوز الادهان و الاكتحال لا على وجه الزينة، كما اذا كان بها صداع فدهنت راسها و اشتكت عينها فاكتحلت و اشار المصنف الى ذلك بقوله (لان فيه ضرورة، و المراد الدواء لا الزينة) اي لاقصد الزينة، لان الزينة ممنوعة (و لو اعتادت الدهن) بفتح الدال (فخافت وجعا) في راسها او في عضو من اعضائها (فان كان ذلك امرا ظاهرا) اي كان خوفها الوجع ظاهرا غالباً (يباح لها، لان الغالب كالواقع) فيتحقق الضرورة (و كذا لبس الحرير)

---

(١) في المحرم و هو النكاح العناية. (٢) مخرج الاحاديث في نصب الراية ص٢٦٢ ج٣. (٣) الائمة الستة - البخاري باب الكحل للحادة ص٨٠٤ ج٢ و مسلم باب وجوب الحداد ص٤٨٧ ج١ و ابوداود باب احداد المتوفى عنها زوجها ص٣٢١ ج١ و الترمذي باب ماجاء في عدة المتوفى عنها زوجها ص١٤٣ ج١ و النسائي باب النهي عن الكحل للحادة ص١١٨ ج٢ و ابن ماجة باب كراهية الزينة للمتوفى عنها زوجها ص١٥٢. (٤) و الدهن الخ و في فتح القدير ص١٦٣ ج٤ و قد وقع للزيلعي مخرج الاحاديث هنا وهم و ذالك انه جعل لفظة الدهن عطفا على الاكتحال فقال عن المصنف انه صلى الله عليه وسلم لم ياذن للمعتدة في الاكتحال و الدهن فخرج حديث =>

اذا احتاجت اليه لعذر لاباس به ولاتختضب بالحناء لما روينا ولاتلبس ثوباً مصبوغاً بعصفر و لا بزعفران لانه يفوح منه رائحة الطيب قال و لا حداد على كافرة لانها غير مخاطبة

اي و كذا يجوز لها لبس الحرير (اذا احتاجت اليه لعذر لاباس به) و العذر نحو الحكة و القمل و نحوهما و روى البخاري(١) و مسلم مسنداً الى انس رضي الله تعالى عنه قال رخص النبي صلى الله عليه وسلم للزبير و عبدالرحمن في لبس الحرير لحكة كانت بهما. و قال مالك رحمه الله تعالى يباح للمعتدة لبس الحرير الاسود و في المحيط لو اكتحلت و ادهنت لرفع اذى يجوز و للزينة لايجوز، و تمتشط بالاسنان الواسعة لا بالاسنان الضيقة. وقال الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى يجوز الامتشاط مطلقاً و عندهم لها ان تدخل الحمام و تغسل راسها بالخطمي و الميدر. و اجمعوا(٢) على منع الادهان المطيبة، و اختلفوا في غير المطيبة فعندنا و الشافعي حرام لغير الضرورة. و عند مالك و احمد و الظاهرية تدهن بالزيت و السيرج الغير المطيب (و لاتختضب بالحناء لما روينا) اراد به قوله عليه الصلوة و السلام الحناء طيب، و مر الكلام فيه (و لا تلبس ثوباً مصبوغاً بعصفر و لا بزعفران، لانه يفوح منه رائحة الطيب) و في الكافي الا اذا لم يكن لها ثوب الا المصبوغ، فحينئذ لاباس به لضرورة ستر العورة، و لكن لاتقصد الزينة. قال الامام الحلواني، و المراد بالثياب المذكورة الجدد منها، اما الخلق منها لايقع به الزينة، فلاباس به و يباح لها لبس الاسود عند الائمة الاربعة رحمهم الله تعالى ان لايقصد به الزينة، بل ابلغ في الحدادة. قالت الظاهرية يجتنب عن لبس السواد كما في المصبوغ بالحمرة و الخضرة، و لا(٣) تحضر المعتدة عمل الطيب و لاتتجر فيه و لا تبيعه و ان لم يكن لها كسب الا فيه. قال محمد في النوادر لايحل الاحداد لمن مات ابوها او ابنها او امها او اخوها، فانما هو في حق الزوج خاصة. قيل اراد بذلك فيما زاد على الثلاث اذ في الحديث اباحة الاحداد للمسلمات على غير ازواجهن ثلاثة ايام، و لم يحك خلافاً في المنهاج لها الاحداد على غير الزوج ثلاثة ايام و تحرم الزيادة (قال) اي القدوري (و لا حداد على كافرة، لانها غير مخاطبة

=> منعه الاكتحال ثم قال و اما الدهن فغريب و هو سهو فان الدهن مبتدأ خبره قوله لايعرى عن نوع طيب فالحقه الحاقا. (١) البخاري كتاب اللباس باب ما يرخص للرجال من الحرير لحكة ص٨٦٨ ج٢ و كتاب الجهاد و مسلم كتاب اللباس باب اباحة لبس الحرير للرجل اذا كان به حكة ص١٩٣ ج٢ و ابوداود كتاب اللباس باب في لبس الحرير لعذر ص٣٠٦ ج٢ و النسائى كتاب الزينة، الرخصة في لبس الحرير ص٢٩٦ ج٢ و مسند احمد ص١٢٧ و ص١٨٠ ج٣. (٢) و اجمعوا الخ راجع لنحو هذا البحث المغنى ص١٦٧ ج٩ و تكملة شرح المهذب ص١٨٤ ج١٨. (٣) و لاتحضر الخ كذا في البحر ص١٦٣ ج٤.

بحقوق الشرع و لا على صغيرة، لان الخطاب موضوع عنها، و على الامة الاحداد لانها مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى، بخلاف المنع من الخروج لان فيه ابطال حقه و حق العبد مقدم لحاجته. قال و ليس في عدة ام الولد و لا في عدة النكاح الفاسد حداد(١) لانها ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التاسف و الاباحة اصل

بحقوق الشرع) و قال الشافعي(٢) و مالك و الظاهرية رحمهم الله تعالى عليها الاحداد (و لا على صغيرة(٣) لان الخطاب موضوع عنها) يعني غير داخلة في الخطاب، و عند هؤلاء عليها الحداد في عدة الوفاة فان قلت ما الفرق بين الحداد و العدة، حيث تجب العدة على الصغيرة. قلت لانسلم ان العدة تجب عليها لانها ليست بمخاطبة، بل الولي يؤمر بان لايزوجها حتى تنقضي العدة لحق الشرع، و لهذا شرط الايمان لوجوبه، و انما يشترط الايمان لحق الله تعالى، فعلى هذا لا حاجة الى الفرق لعدم وجوب العدة ايضاً. (و على الامة الاحداد لانها مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى) لان فروع الشرع التي ليس فيها ابطال حق المولى تلزم المملوكة كالصوم و الصلاة، فيلزم الحداد (بخلاف المنع من الخروج) من البيت في العدة (لان فيه) اي في منعها من الخروج (ابطال حقه) اي حق المولى من الاستخدام و نحوه، و لايفوت الاحداد بذلك (و حق العبد مقدم) على حق الشرع (لحاجته) اي لحاجة العبد و استغناء الشرع، الا ترى ان للمولى منعها من النوافل و منع المعتدة من شهود الجمعة و الجماعة، و كذا الحكم في المدبرة و ام الولد و المكاتبة و المستسعاة و المنكوحات في الوفاة و الطلاق لفوات نعمة النكاح، و به قال الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى فان قلت لو وجب الحداد لفوات نعمة النكاح لو وجب بعد شراء منكوحة لزوال النكاح بالشراء. قلت لم يفت الحل ببقائه بملك اليمين (قال) اي القدوري (و ليس في عدة ام الولد) يعني اذا اعتقت (و لا في عدة النكاح الفاسد احداد، لانه) اي لان الشان (ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التاسف) اما ام الولد انما يجب عليها العدة بالعتق الذي يزول به الرق، فالمناسب لذلك السرور لا الحزن، لان ما فاتها نعمة، بل حصل نعمة الحرية التي صارت بها اهلا للولاية. و اما النكاح الفاسد(٤) و كذا الوطء عن شبهة، فلايلزم الحداد (و الاباحة اصل) كان

---

(١) حداد – ن – احداد. (٢) و قال الشافعي الخ راجع المغني ص١٦٦ ج٩ و تكملة شرح المهذب ص١٨٥ ج١٨ و الاوجز ص٤٤٧ ج٤ و اعلاء السنن الاحداد باب ما يجتنب عنه الحادة و على من تحد ص٢٦٢ ج١١. (٣) و لا على صغيرة الخ و في البحر ص١٦٤ ج٤ فالحاصل لا احداد على كافرة و لا صغيرة و لامجنونة و لا معتدة عن عتق و لا معتدة عن نكاح فاسد و لا على معتدة عن وطئ بشبهة و لا معتدة عن طلاق رجعي فهن سبع لاحداد عليهن انتهى. (٤) اما النكاح الفاسد الخ و في البحر الرائق ص١٦٤ ج٤ انما وجب (الحداد) اظهارا للتاسف =>

و لاينبغي ان تخطب المعتدة، و لاباس بالتعريض في الخطبة،

ينبغي ان يقول الاصل الاباحة. قال الاترازي اراد بها اباحة الزينة لها، و ذلك لقوله تعالى قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده(١) و قال الكامي اي اباحة الزينة اصل خصوصاً في حق النساء. و قال الاكمل الاصل هو الاباحة في الزينة. و قال السغناقي اباحة الزينة اصل، و الكل في الحقيقة معنى واحد و قال تاج الشريعة فان قلت ما وجه ايراد قوله و الاباحة اصل. قلت وجهه انه لما ذكرقوله فاتها نعمة النكاح يمكن ان يقال عليه ان هذا تعليل بالعدم، و انه لايصح فاجاب بقوله - و الاباحة اصل - يعني انا لانثبت بعدم فوات نعمة النكاح، بل بالاصل المقتضى للاباحة السالم من وجود العلة المحرمة للزينة، انتهى قلت تخصيص اباحة الزينة بكونها اصلا على الانفراد لا وجه له، لان الاصل الاباحة في كل الاشياء التي منعت قولاً او فعلا على ان مذهب فخر الاسلام ان الاباحة ليست باصل (و لاينبغي ان تخطب المعتدة) الخطبة التزوج، و نكاح المعتدة لايجوز، و قد مر في المحرمات (و لا باس بالتعريض في الخطبة) التعريض التلويح و حقيقته امالة الكلام الى غرض يدل على التعرض، منه قوله عليه الصلوة و السلام ان في المعاريض(٢) لمنذوحة عن الكذب، و ذلك مثل ان يقول انك لجميلة، و انك لشابة، و ان النساء لمن حاجتي، فلعل الله يسوق اليك خيراً و ما اشبه ذلك من الاشارة دون التصريح بالنكاح فلايجوز ان يقال صريحاً اريد ان انكحك او اتزوجك او اخطبك لان الخطبة التزوج كما ذكرنا، و الفرق بين الكناية والتعريض ان الكناية ان يذكر الشيء بغير اللفظ الموضوع له كقولك طويل النجاد لطويل القامة، كثير الرماد للمضياف و التعريض ان يذكر شيئا يدل على شيء لم يذكره،

=> على فوات نعمة النكاح و سببه االنكاح الصحيح فلايتاسف على الفاسد و استفيد عدم وجوبه على المعتدة من وطئ بشبهة بالاولى. (١) لعباده - الاعراف - ٣٢. (٢) في المعاريض لمندوحة الخ و قد بوب الامام البخاري في آخر كتاب الادب من صحيحه باب المعاريض مندوحة عن الكذب ص٩١٧ ج٢ و قال المؤلف العيني رحمه الله تعالى في شرحه عمدة القاري ص٢١٨ ج٢٢ و المعاريض جمع معراض من التعريض و هو خلاف التصريح من القول و هو التورية بالشيء عن الشيء و معنى مندوحة (على وزن مقبولة) متسعة يقال منه انتدح فلان بكذا اذا اتسع به قال الطبري يقال اندحت الغنم في مرابضها اذا تبددت و اتسعت و انتدح بطن فلان اذا استرخى و اتسع و حاصل المعنى المعاريض يستغنى بها الرجل عن الاضطرار الى الكذب و هذه الترجمة ذكرها الطبري باسناده عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه ان في المعاريض لمندوحة عن الكذب و اخرجه ابن ابي عدى عن قتادة مرفوعا و وهاه و قد بوب ابوداد في سننه في كتاب الايمان. باب المعاريض في الايمان ص١٠٧ ج و كذالك في كتاب الادب باب في المعاريض ص٣٣١ ج٢.

لقوله تعالى و لاجناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى ان قال و لكن لاتواعدوهن سراً الا ان تقولوا قولا معروفا.

كما يقول المحتاج للمحتاج اليه جئتك لاسلم عليك و لانظر الى وجهك، قاله الزمخشري(١) و قال تاج الشريعة التعريض الكلام دلالة ليس له فيها ذكر، كقولك ما اقبح البخل تعريض بانه بخيل، و الكناية ذكر الرديف و ارادة المردوف كقولك فلان طويل النجاد، يعني طويل القامة. كثير الرماد يعني انه مضياف. و في شرح التاويلات اراد بالتعريض للمتوفى عنها زوجها، اذ التعريض لايجوز في المطلقة بالاجماع، لانه لايجوز لها الخروج من منزلها اصلا فلايتمكن من التعريض على وجه يخفى عن الناس و اما المتوفى عنها زوجها لها الخروج نهاراً فيمكنه التعريض على وجه لايقف عليه سواها، و اجمعوا على منع الخطبة و جواز التعريض في المتوفى عنها زوجها. و في المنهاج لاتعريض لرجعية، و يحل في عدة الوفاة، و كذا في البائن في الاظهر (لقوله تعالى و لاجناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء او اكننتم في انفسكم، علم الله انكم ستذكروهنهن و لكن لاتواعدوهن سراً الا ان تقولوا قولاً معروفاً)(٢) فقوله تعالي و لا جناح عليكم اي لا اثم عليكم ان تعرضوا بخطبة النساء في عدتهن من وفاة ازواجهن من غير تصريح. قوله تعالى او اكننتم اي اسررتم في قلوبكم فلم تذكروه بالسنتكم لامعرضين و لا مصرحين، و المستدرك بقوله تعالي و لكن لاتواعدوهن محذوف تقديره علم الله انكم ستذكرونهن فاذكرونهن و لكن لاتواعدوهن سراً(٣) اي وطئاً لانه مما يسر و قال الحسن(٤) والنخعي و قتادة و الضحاك و مقاتل بن حيان و السدى يعني الزنا، و هو رواية العوفي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه و اختاره ابن جرير. و قال ابن ابي طلحة عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه و لكن لاتواعدوهن سراً لاتقل لها اني عاشق و عاهديني ان لا تتزوجي غيري و نحو هذا و قوله تعالى الا ان تقولوا قولا معروفاً و هو ان تعرضوا و لاتصرحوا، و الاستثناء يتعلق بقوله تعالى و لاتواعدوهن اي لاتواعدوهن مواعدة قط الا مواعدة معروفة، فسر القول المعروف سعيد بن جبير

(١) الزمخشري في الكشاف ص٢٨٢ ج١ و كذا في عمدة القاري كتاب النكاح باب قول الله عزوجل و لاجناح عليكم فيما عرضتم به ص١١٧ ج٢٠ و روح المعاني ص٢٢٦ ج٢ و راجع لتفصيل الفرق بين الكناية و التعريض كشاف اصطلاحات الفنون ص١٢٨٦ ج٢ عنوان الكناية. (٢) معروفاً - البقرة - ٢٣٥. (٣) سرا و في الكشاف و السر وقع كناية عن النكاح الذي هو الوطئ لانه مما يسر ثم عبر به عن النكاح الذي هو العقد لانه سبب فيه كما فعل بالنكاح و في فتح القدير سرا اي نكاحا و سمى النكاح سرا لانه سبب السر الذي هو الوطئ فانه مما يسر. (٤) و قال الحسن الخ كذا في تفسير ابن كثير ص٢٨٧ ج١ و نبذ منه في العمدة ص١١٨ ج٢٠.

و قال عليه الصلوة و السلام السر النكاح، و قال ابن عباس رضي الله تعالى عنه التعريض ان يقول اني اريد ان اتزوج و عن سعيد بن جبير رحمه الله تعالى في القول المعروف اني فيك لراغب، و اني اريد ان نجتمع، و لايجوز للمطلقة الرجعية و المبتوتة الخروج من بيتها ليلاً و لا نهارا و المتوفى عنها زوجها تخرج نهاراً و بعض الليل و لاتبيت في غير منزلها. اما المطلقة فلقوله تعالى و لاتخرجوهن من بيوتهن و لايخرجن الا ان

بما ذكره المصنف على ما يجيء الآن، و كذا فسره مجاهد و الثوري و السدي. وقال ابن سيرين قلت لعبيدة ما معنى قوله تعالى الا ان تقولوا قولا معروفاً قال يقول لوليها لاتسبقني بها، يعني لا تزوجها حتى تعلمني، رواه ابن ابي حاتم (و قال عليه الصلوة و السلام السر النكاح) هذا غريب، قاله مخرج الاحاديث(١) اراد انه لم يثبت و لم يتعرض اليه أحد من الشراح، غير ان الاترازي قال و لنا في صحة هذا الحديث عن النبي صلي الله عليه وسلم نظر (و قال ابن عباس رضي الله تعالى التعريض ان يقول اني اريد ان اتزوج) اخرجه البخاري(٢) عن مجاهد عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه لا جناح عليكم فيما عرضتم يقول اني اريد التزويج و لوددت انه تيسر لي امراة صالحة (و عن سعيد بن جبير رحمه الله تعالى في القول المعروف اني فيك لراغب، و اني اريد ان نجتمع) اخرجه البيهقي(٣) عنه الا ان تقولوا قولاً معروفاً قال يقول اني فيك لراغب، و اني لارجو ان نجتمع (و لايجوز للمطلقة الرجعية و المبتوتة) اي المطلقة طلاقاً بائناً اما واحدة بائنة، او ثلاثاً (الخروج من بيتها ليلا و لا نهاراً، و المتوفى عنها زوجها تخرج نهاراً و بعض الليل، و لاتبيت في غير منزلها) و اوجب المبيت على المتوفى عنها زوجها عمر(٤) و عثمان و ابن مسعود و ابن عمر و ام سلمة رضي الله تعالى عنهم، و به يقول ابن المسيب و القاسم بن محمد و الاوزاعي و مالك و الشافعي و احمد و اسحاق بن راهويه و ابوعبيدة و جماعة من فقهاء الامصار و عن علي و ابن مسعود و جابر و عائشة رضي الله تعالى عنهم انها تعتد حيث شاءت، و هو قول الحسن و عطاء و الظاهرية (اما المطلقة) اي اما الدليل على عدم جواز خروج المطلقة من بيتها ليلا و نهاراً (فلقوله تعالى و لاتخرجوهن من بيوتهن و لايخرجن الا ان

---

(١) مخرج الاحاديث اي الزيلعي في نصب الراية ص٢٦٢ ج٣ و كذا في فتح القدير. (٢) البخاري كتاب النكاح باب قول الله عزوجل و لاجناح عليكم فيما عرضتم به ص٧٦٨ ج٢. (٣) االبيهقي في سننه باب التعريض بالخطبة ص١٧٩ ج٧ و نصب الراية ص٢٦٣ ج٣ و فتح القدير ص١٦٥ ج٤. (٤) عمر رضي الله تعالى عنه الخ راجع له عمدة القاري كتاب العدة باب قصة فاطمة بنت قيس ص٣٠٨ ج٢٠ و الاوجز مقام المتوفى =>

ياتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج. و قيل الزنا و يخرجن لاقامة الحد. و اما المتوفى عنها زوجها فلانه لانفقة لها فتحتاج الى الخروج نهارا لطلب المعاش و قد يمتد الى ان يهجم الليل، و لا كذلك المطلقة لان النفقة دارة عليها من مال زوجها، حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل انها تخرج نهاراً و قيل لاتخرج لانها اسقطت حقها فلايبطل به حق عليها، و على المعتدة ان تعتد في المنزل الذي يضاف

ياتين بفاحشة مبينة(١) قيل الفاحشة نفس الخروج) قاله(٢) ابراهيم النخعي و به قال ابوحنيفة رحمه الله تعالى فيكون معناه الا ان يكون خروجها فاحشة كما يقال لايسب النبي الا كافر، و لايزني أحد الا ان يكون فاسقاً (و قيل الزنا) اي الفاحشة هو الزنا (و يخرجن لاقامة الحد) عليهن قاله ابن مسعود رضي الله تعالى عنه، و به اخذ ابويوسف رحمه الله تعالى و قال ابن عباس رضي الله تعالى عنه هي نشوزها، او يكون بذية اللسان تبذو على احماء زوجها (و اما المتوفى عنها زوجها) اي و اما جواز خروج المتوفى عنها زوجها نهاراً و بعض الليل (فلانه لانفقة لها، فتحتاج الى الخروج نهاراً لطلب المعاش و قد يمتد الى ان يهجم الليل، و لا كذلك المطلقة لان النفقة دارة عليها من مال زوجها، حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل انها تخرج نهاراً، و قيل لاتخرج، لانها اسقطت حقها فلايبطل به) اي باسقاط حقها (حق عليها) و في شرح الكافي و ان كانت صبية فلها ان تخرج لانها لاتخاطب بما هو اعظم من هذا في حق الشرع كالصلاة والحدود و ليس للزوج ان يمنعها في الطلاق البائن، لانه لم يبق لها عليه ملك و لايتوهم، قالوا الا ان تكون مراهقة يتوهم ان تحبل، فحينئذ هي كالكتابية(٣) (و على المعتدة ان تعتد في المنزل الذي يضاف

=> عنها زوجها ص٤٣٦ ج٤ و المغني ص١٧٠ ج٩ و اعلاء السنن باب اين تعتد المتوفى عنها زوجها ص٢٦٧ ج١١. (١) مبينة - الطلاق - ١. (٢) قاله ابراهيم الخ كذا في الفتح و العناية و راجع تفسير ابن كثير ص٣٧٨ ج٤ و في روح المعاني الجزء الثامن و العشرون ص١٩٧ بفاحشة مبينة اي ظاهرة هي نفس الخروج قبل انقضاء العدة كما اخرجه عبدالرزاق و عبد بن حميد و ابن المنذر و البيهقي في سننه و ابن مردويه و الحاكم و صححه عن ابن عمر رضي الله تعالى عنه و روى عن السدى و ابن السائب و في فتح القدير ص١٦٦ ج٤ و قول ابن مسعود اظهر من جهة وضع اللفظ لان الا ان غاية و الشيء لايكون غاية لنفسه و ما قاله النخعي ابدع و اعذب في الكلام كما يقال في الخطابيات لاتزني الا ان تكون فاسقا و لاتشتم امك الا ان تكون قاطع رحم و هو بديع بليغ جدا يخرج اظهار عذوبته عن غرضنا انتهى. (٣) كالكتابية - و في البحر ص١٦٦ ج٤ المراهقة كالبالغة في المنع من الخروج و كالكتابية في عدم وجوب الاحداد و اما الكتابية فلايحرم عليها الخروج لانها غير مخاطبة بحق الا ان منعها الزوج صيانة لمائه.

اليها بالسكنى حال وقوع الفرقة و الموت، لقوله تعالى و لاتخرجوهن من بيوتهن و البيت المضاف اليها هو البيت الذي تسكنه و لهذا لو زارت اهلها و طلقها زوجها كان عليها ان تعود الى منزلها فتعتد فيه. و قال عليه الصلوة و السلام للتي قتل زوجها اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله

اليها بالسكنى حال وقوع الفرقة - و الموت - لقوله تعالى لاتخرجوهن من بيوتهن(١) و البيت المضاف اليها هو البيت الذي تسكنه) نسب البيوت اليهن بحق السكنى و لما قال الله تعالى و قرن في بيوتكن(٢) و انما البيوت للازواج، و السكنى عام يشمل البيت المملوك و المستاجر و المستعار جميعاً (و لهذا) اي و لاجل وجوب اعتداده في المنزل يضاف اليهن بالسكنى (و لو زارت اهلها و طلقها زوجها، كان عليها ان تعود الى منزلها فتعتد فيه و قال عليه الصلوة والسلام) اي و قال النبي صلي الله عليه وسلم (للذي قتل زوجها ، اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله) هذا الحديث اخرجه اصحاب السنن الاربعة(٣) كلهم من طريق سعد بن اسحاق بن كعب بن عجرة عن عمته زينب بنت كعب بن عجرة، ان الفريعة بنت مالك بن سنان و هي اخت ابي سعيد الخدري اخبرتها ان جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تساله ان ترجع الى اهلها في بني خدرة و ان زوجها خرج في طلب اعبد له، ابقوا حتى اذا كان بطرف القدوم لحقهم فقتلوه قالت، فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ارجع الى اهلي فان زوجي لم يترك مسكنا و لا نفقة قالت، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم. قالت فانصرفت حتى اذا كنت في الحجرة او في المسجد ناداني رسول الله صلى الله عليه وسلم او امر بي فنوديت له، فقال كيف قلت، فرددت عليه القصة التي ذكرت له من شان زوجي، قال امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله. قالت فاعتددت فيه اربعة اشهر و عشراً، قالت فلما كان عثمان رضي الله تعالى عنه ارسل الى، فسالني عن ذلك، فاخبرته فاتبعه و قضى به، و اخرجه الترمذي و قال حدثنا الانصاري، حدثنا معن حدثنا مالك عن سعد بن اسحاق الى اخره، ثم قال هذا حديث حسن صحيح اخرجه ابوداود و النسائي من طريق مالك، و اخرجه ابن ماجة من رواية ابي خالد الاحمر. و رواه احمد و اسحاق و ابوداود الطيالسي و الشافعي، و ابويعلى الموصلي في مسانيدهم، و رواه ابن حبان في صحيحه و

---

(١) من بيوتهن - الطلاق - ١. (٢) في بيوتكن - الاحزاب - ٢٣. (٣) السنن الاربعة - ابوداود باب في المتوفى عنها زوجها تنتقل ص٣٢١ ج١ و الترمذي باب ما جاء اين تعتد المتوفى عنها زوجها ص١٤٤ ج١ و النسائي مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها ص١١٦ ج٢ و ابن ماجة باب اين تعتد المتوفى عنها زوجها ص١٤٧ و التفصيل في نصب الراية ص٢٦٣ ج٣ و فتح القدير ص١٦٧ ج٤.

اخرجه الطحاوي من ثمان طرق، و قد طعن ابن حزم فيه، بانه من طريق زينب بنت كعب بن عجرة و هي مجهولة و لا روى عنها غير سعد بن اسحاق بن كعب و هو غير مشهور. و اجيب(١) بانه لايلتفت الى كلامه بعد ان حكم الترمذي بصحته و قال ابن المنذر ثبت دليل حديث فريعة و في تصحيح الترمذي اياه توثيقها و توثيق سعد بن اسحاق، و لايضر الثقة ان لايروى عنه الا واحد، و قال ابن عبدالبر حديث مشهور معروف عند علماء العراق و الحجاز. و اعلم انه وقع في رواية يحيي بن يحيي عن مالك عن سعيد بن اسحاق بزيادة الباء بعد العين. و كذا وقع في رواية عبدالرزاق و البخاري في تاريخه، و وقع في رواية الجمهور عن سعد بدون الياء(٢) و هو تصحيح بطرف القدوم بفتح القاف و ضم الدال المخففة(٣) و هو اسم موضع على ستة اميال من المدينة و جاء في حديث آخر ان ابراهيم عليه الصلوة و السلام اختتن بالقدوم قوله حتى يبلغ الكتاب اجله، يعني لاتخرجي حتى تنقضي عدتك. فان قلت حديث يشكل على المذهب، و هو ما رواه الدارقطني(٤) عن محبوب بن محرز عن ابي مالك النخعي عن عطاء بن السائب عن ابي عبدالرحمن عن علي رضي الله تعالى عنه، قال ان النبي صلي الله عليه وسلم امر المتوفى عنها زوجها ان تعتد في غير بيتها ان شاءت قلت(٥) قال الدارقطني لم يسنده غير ابي مالك

(١) و اجيب الخ و في نصب الراية ص٢٦٤ ج٣ قال ابن القطان في كتابه قال ابن حزم زينب بنت كعب مجهولة لم يرو حديثها غير سعد بن اسحاق و هو غير مشهور بالعدالة قال و ليس عندي كما قال بل الحديث صحيح فان سعد بن اسحاق ثقة و ممن وثقه النسائى و زينب كذالك ثقة و في تصحيح الترمذي اياه توثيقها و توثيق سعد بن اسحاق و لايضر الثقة ان لايروى عنه الا واحد و قد قال ابن عبد البر انه حديث مشهور انتهى. (٢) بدون الياء قال ابن عبدالبر و هو الاشهر كذا في حاشية المؤطا ص٥٣٠. (٣) المخففة و في حاشية السندهي على النسائى ص١١٦ ج٢ القدوم بفتح القاف و تخفيف الدال و تشديدها و قال المؤلف العيني رحمه الله تعالى في عمدة القاري كتاب الانبياء باب قول الله تعالى و اتخذ الله ابراهيم خليلا تحت حديث ابي هريرة رضي الله تعالى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اختتن ابراهيم عليه السلام و هو ابن ثمانين سنة بالقدوم و قال الكرماني روى بتخفيف الدال و تشديدها فقيل آلة النجار يقال لها القدوم بالتخفيف لا غير و اما القدوم الذي هو مكان بالشام اراد القرية و من روى بالتخفيف فيحتمل القرية و الآلة و الاكثرون على التخفيف و ارادة الآلة انتهى و كذا في حاشية البخاري ص٤٧٣ ج١ تحت الحديث المذكور. (٤) الدارقطني ص٢٦٦ ج٣ و راجع نصب الراية ص٢٦٤ ج٣ و فتح القدير ص١٦٧ ج٤. (٥) قلت الخ و قد ذكر المحدث العثماني رحمه الله تعالى في إعلاء السنن ص٢٦٩ ج١١ هذا البحث المذكور ثم قال و ان سلمناه فهو محمول على ما قبل نزول العدد.

و ان كان نصيبها من دار الميت لايكفيها فاخرجها الورثة من نصيبهم، انتقلت، لان هذا انتقال بعذر. و العبادات تؤثر فيها الاعذار فصار كما اذا خافت على متاعها او خافت سقوط المنزل او كانت فيها باجر و لاتجد ما تؤديه. ثم ان وقعت الفرقة بطلاق بائن او ثلاث، لابد من سترة بينهما ثم لاباس لانه معترف بالحرمة الا ان يكون فاسقا يخاف عليها منه فحينئذ تخرج، لانه عذر. و لاتخرج عما انتقلت اليه. و الاولى ان يخرج هو و يتركها و ان جعلا

النخعي، و هو ضعيف. و قال ابن القطان و محبوب بن محرز ايضاً ضعيف و عطاء مختلط و ابو مالك اضعفهم فلذالك علله الدارقطني به و ذكر الجميع اصوب لاحتمال ان تكون الجناية من غيره (و ان كان نصيبها من دار الميت لايكفيها) بان كان نصيبها وحدها لايكفيها (فاخرجها الورثة من نصيبهم) بان لم يرضوا بسكناها (انتقلت لان هذا انتقال بعذر، و العبادات تؤثر فيها الاعذار) و الدليل عليه ما روي(١) ان علياً رضي الله تعالى عنه نقل ابنته ام كلثوم حين قتل عمر رضي الله تعالى عنه من بيت العدة، لان عمر رضي الله تعالى عنه كان يسكن في دار الامارة، و قد انتقلت الدار الى عثمان رضي الله تعالى عنه (فصار كما اذا خافت على متاعها) في ذلك المنزل من سرقة او نهب (او خافت سقوط المنزل) عليها (او كانت فيها باجر) يعني باجرة (و لاتجد ما تؤديه) اي لاتقدر على ادائها. و كذا اذا كانت في بعض الرساتيق، فدخل عليها من السلطان او غيره، فلها ان تنتقل الى المصر (ثم ان وقعت الفرقة بطلاق بائن او ثلاث) اي ثلاث تطليقات (لابد من سترة بينهما) اي بين الرجل و المراة. قال في النهاية يعني اذا لم يكن للزوج الا بيت واحد، و كذا هذا في الوفاة، اذا كان في ورثته من ليس بمحرم لها (ثم لاباس) اي بعد وجود السترة، لاباس ان يسكنها في بيت واحد (لانه) اي لان الرجل مسلم (معترف بالحرمة) و حال من هو كذا يجتنب الحرام (الا ان يكون فاسقاً) استثناء من قوله لاباس مع السترة (يخاف عليها منه، فحينئذ تخرج لانه عذر) و لو كانت بينهما سترة، فيكون ذلك المنزل، كالمنزل الاول، فلاتنتقل منه الا ببعض الاعذار و هو معنى قوله (و لاتخرج عما انتقلت اليه) اي و لاتخرج عن المنزل الذي انتقلت اليه. قالوا في شرح الجامع الصغير و ان اخرج الزوج فهو اولى و هو معنى قوله (و الاولى ان يخرج الزوج) من بيت (و يترك المراة) فيه احتراز عن الخروج (و ان جعلا) اي

---

(١) ما روى ان عليا رضي الله تعالى عنه الخ رواه الامام محمد في كتاب الآثار باب عدة المطلقة و المتوفى عنها زوجها ص١١٠ و راجع اعلاء السنن ص١٦٨ ج١١.

بينهما امراة ثقة، تقدر على الحيلولة فحسن، و ان ضاق عليهما المنزل فلتخرج. و الاولى خروجه. و اذا خرجت المراة مع زوجها الى مكة فطلقها ثلاثا او مات عنها في غير مصر، فان كان بينها و بين مصرها اقل من ثلاثة ايام، رجعت الى مصرها لانه ليس بأبتداء الخروج معنى، بل هو بناء. و ان كانت مسيرة ثلاثة ايام ان شاءت رجعت و ان شاءت مضت سواء كان معها ولي او لم يكن معناه اذا كان الى المقصد ثلاثة ايام ايضا لان المكث في ذلك المكان اخوف عليها من الخروج. الا ان الرجوع اولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج قال الا ان يكون طلقها

الزوجان (بينهما امراة ثقة تقدر على الحيلولة) اي على كونها حائلة بينهما (فحسن) لحصول المقصود. و ان لم يجدا امراة ثقة، فلها الانتقال الى منزل آخر. و لو كان الزوج غائباً، تعطى اجرة المنزل اذا طلبها صاحبها بإذن القاضي لترجع على الزوج (و ان ضاق عليهما المنزل فلتخرج) اي المراة (و الاولى(١) خروجه) اي خروج الرجل، فيكتري منزلا آخر لنفسه، و يتركها في المنزل الذي وقعت فيه الفرقة (و اذا خرجت المراة مع زوجها الى مكة فطلقها ثلاثاً او مات عنها) في بعض الطريق (فان كان بينها و بين مصرها اقل من ثلاثة ايام رجعت الى مصرها لانه ليس بابتداء الخروج معنى) اي من حيث المعنى (بل هو بناء على الخروج الاول و ان كانت) بينها و بين مصرها (مسيرة ثلاثة ايام ان شاءت رجعت) الى مصرها (و ان شاءت مضت) الى مقصدها (سواء كان معها ولي او لم يكن معناه) اي معنى قول محمد، لان المسالة من مسائل الجامع الصغير. و ذكر محمد ان كانت ثلاثة ايام، رجعت الى مصرها، و ان شاءت مضت معناه (اذا كان الى المقصد ثلاثة ايام ايضا لان المكث في ذلك المكان اخوف عليها من الخروج) اي الخوف عليها اكثر من خوف الخروج بغير محرم. كالتي اسلمت في دار الحرب لها ان تهاجر بغير محرم لخوفها على نفسها و دينها. فهذه في المفازة كذلك، و لو كان المصر يقرب منها على غير طريق القافلة، فليس لها ان تختلف عن القافلة. كذا في شرح الطحاوي (الا ان الرجوع اولى) استثناء من قوله ان شاءت رجعت و ان شاءت مضت، اي الا ان الرجوع الى مصرها اولى (فيكون الاعتداد في منزل الزوج) لانه حينئذ تقع عدتها في المنزل الذي امرت به في قوله عليه الصلوة و السلام اسكني في بيتك(٢) (قال) اي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (الا ان يكون طلقها

---

(١) و الاولى خروجه - لان مكثها في منزل الزوج واجب و مكثه فيه مباح و رعاية الواجب اولى العناية اقول بل رعاية الواجب واجب حاشية چلپي. (٢) اسكني في بيتك - و قد مضى تخريجه قريبا عن السنن الاربعة و =>

او مات عنها زوجها في مصر فانها لاتخرج حتى تعتد، ثم تخرج ان كان لها محرم و هذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قال ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى ان كان معها محرم فلاباس بان تخرج من المصر قبل ان تعتد. لهما ان نفس الخروج مباح دفعاً لاذى الغربة و وحشة الوحدة. و هذا عذر و انما الحرمة للسفر، و قد انقطعت بالمحرم و له ان العدة امنع من الخروج من عدم المحرم، فان للمراة ان تخرج الى ما دون السفر بغير محرم. و ليس للمعتدة ذلك، فلما حرم عليها الخروج الى السفر بغير المحرم ففي العدة اولى.

او مات عنها زوجها في مصر) استثناء من قوله ان شاءت رجعت و ان شاءت مضت، يعني ان لها الخيار في ذلك، الا اذ كانت المفارقة في مصر (فانها لاتخرج حتى تعتد ثم تخرج) يعني بعد انقضاء عدتها (ان كان لها محرم و هذا) اي المذكور (عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قال ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى ان كان معها محرم فلاباس ان تخرج من المصر قبل ان تعتد) و هو قول ابي حنيفة اولا (لهما) اي لابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (ان نفس الخروج مباح) بالاتفاق بدليل انها تخرج الى ما دون السفر بالاتفاق (دفعاً لاذى الغربة و وحشة الوحدة، و هذا عذر. و انما الحرمة للسفر و قد انقطعت) اي الحرمة (بالمحرم) اي بوجود المحرم، فصار السفر مع المحرم كما دون السفر بدون المحرم (و له) اي و لابي حنيفة رحمه الله تعالى (ان العدة امنع من الخروج من عدم المحرم، فان للمراة ان تخرج الى ما دون السفر بغير محرم و ليس للمعتدة ذلك، فلما حرم عليها الخروج الى السفر بغير المحرم ففي العدة اولى) بان يحرم و في المحيط(١) البدوي طلق امراته فاراد نقلها الى مكان آخر، فان لم تتضرر بتركها في ذلك الموضع في نفسها و مالها ليس له ذلك. و ان تضررت فله ذلك لان الضرورات تبيح المحظورات.

=> لفظ السنن امكثي مكان اسكني و المفهوم واحد. (١) و في المحيط الخ كذا في الفتح ص١٦٩ ج٤.

باب ثبوت النسب

و من قال ان تزوجت فلانة فهي طالق، فتزوجها، فولدت، ولدا لستة اشهر من يوم تزوجها فهو ابنه و عليه المهر، اما النسب فلانها فراشه لانها لما جاءت بالولد لستة اشهر من وقت النكاح، فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق. فكان العلوق قبله في حالة النكاح. و التصور ثابت بان تزوجها و هو مخالطها فوافق الانزال النكاح و النسب يحتاط في اثباته.

(باب ثبوت النسب)

اي هذا باب في بيان ثبوت النسب، لما ذكر انواع المعتدات من ذوات الاقراء و الاشهر و اولات الاحمال ذكر ما يلزم من اعتداد اولات الاحمال، و هو ثبوت النسب. (و من قال ان تزوجت فلانة فهي طالق، فتزوجها فولدت ولداً لستة اشهر من يوم تزوجها) اي من وقت تزوجها، لان اليوم قرن بفعل غير ممتد، فيكون بمعنى الوقت، يعني من غير زيادة و لانقصان. و انما قيد بهذا لانها اذا جاءت بالولد لاكثر من ستة اشهر وقت النكاح لايثبت النسب، لانها جاءت بالولدُ بعد الطلاق ظاهراً فلايثبت النسب و لايجب العدة. و كذا اذا جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر من وقت النكاح، لايثبت النسب ايضا، لان العلوق يكون حينئذ قبل النكاح. (فهو ابنه و عليه المهر، اما النسب) اي اما ثبوت النسب (فلانها) اي فلان المراة (فراشه) قال عليه الصلوة و السلام الولد للفراش(١) و للعاهر الحجر اي لصاحب الفراش. و الفراش العقد كذا فسره(٢) الكرخي (لانها) اي لان المراة (لما جاءت بالولد لستة اشهر من وقت النكاح فقد جاءت به) اي بالولد (لاقل منها) اي من ستة اشهر (من وقت الطلاق، فكان العلوق قبله) اي قبل الطلاق (في حالة النكاح، و التصور ثابت) اي تصور الوطء و الاعلاق ثابت، و بين ذلك بقوله (بان تزوجها) اي بان تزوج هذه المراة (و هو مخالطها) اي و الحال انه يجامعها يعني كانه تزوجها و هو على بطنها و الناس يسمعون كلامهما (فوافق الانزال النكاح)(٣) مقارناً للطلاق. و قال الاترازي اذ من الجائز ان يكون على بطنها، و حالة الانزال تزوجها و الشهود عنده، او قد علقت من ساعته فيكون وقت النكاح و وقت الوطء واحداً (و النسب يحتاط في اثباته) فيثبت هذا ايضا هذا جواب عما يقال، هذا تصور بعيد و امر نادر ينبغي ان لايثبت النسب، كما هو قول زُفر و قول محمد اولا فاجاب

---

(١) الولد للفراش الحديث قد سبق تخريجه غير مرة. (٢) كذا فسره الكرخي كما في الفتح ص١٧٠ ج٤. (٣) النكاح كذا في الفتح ص١٧٠ ج٤ و فيه ايضا و الاحسن تجويز انهما وكلا به فباشر الوكيل و هما كذالك فوافق عقده الانزال.

و اما المهر، فلانه لما ثبت النسب منه، جعل واطئا حكما فتاكد المهر به. قال، و يثبت نسب ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت به لسنتين او اكثر ما لم تقر بانقضاء عدتها لاحتمال العلوق في حالة العدة، لجواز انها تكون ممتدة الطهر. و ان جاءت به لاقل من سنتين بانت من زوجها بانقضاء العدة، و ثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح او في العدة. و لا يصير مراجعاً لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق و يحتمل بعده، فلايصير مراجعاً بالشك.

بقوله، و النسب يحتاط في اثباته، فيثبت استحساناً لانه يحتال في امره كما ذكرناه و من المشايخ(١) من قال، لايحتاج الى هذا التكلف، و قيام الفراش كاف، و لايعتبر امكان الدخول اذ النكاح قائم مقام الماء، كما في تزوج المشرقي بالمغربية، و بينها مسيرة سنة، فجاءت بالولد لستة اشهر يثبت النسب و ان لم يتوهم الدخول لبعده عنها، قيل التصور شرط فيه. و لهذا لو جاءت امراة الصغير بولد، لايثبت نسبه، و في حق المشرقي الامكان موجود، و كرامة الاولياء حق بان يكون صاحب خطوة (و اما المهر فلانه لما ثبت النسب منه جعل واطئا حكماً، فتاكد المهر به) اي بالوطء حكماً و هو اقوى من الخلوة، فيجب المهر كاملاً و قال الفقيه(٢) ابوالليث، قال ابويوسف في الامالي، ينبغي في القياس ان يجعل على الزوج مهر و نصف، لانه قد وقع الطلاق عليها، فوجب نصف المهر و مهر آخر بالدخول قال الا ان اباحنيفة استحسن و قال لايجب الا مهر واحد لانا جعلناه بمنزلة الدخول في طريق الحكم، فتاكد ذلك الصداق فاشتبه وجوب الزيادة (و يثبت نسب ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت به لسنتين او اكثر(٣) ما لم تقر بانقضاء عدتها لاحتمال العلوق في حالة العدة لجواز ان تكون ممتدة الطهر) فكان وطؤه اللازم من ثبوت النسب الواقع في العدة رجعة عليها (و ان جاءت به لاقل من سنتين، بانت من زوجها بانقضاء العدة) بوضع الحمل (و ثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح او في العدة، و لايصير مراجعا لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق، و يحتمل بعده فلايصير مراجعاً بالشك) فان قيل(٤) ينبغي ان يصير مراجعاً لان الوطء هنا حلال، فاحيل العلوق الى اقرب الاوقات، و هي حالة العدة اذ الاصل في الحوادث ان يحال الى اقرب الاوقات، فتثبت الرجعة قلنا في ذلك حمل امره على خلاف السنة لانه يصير مراجعاً دون الاشهاد بالفعل. فاحيل العلوق الى ما قبل الطلاق صيانة لحاله كذا في المبسوط لشيخ

---

(١) و من المشايخ الخ كذا في الفتح ص١٧١ ج٤. (٢) قال الفقيه الخ كذا في الفتح و في الكفاية و العناية اما النصف فللطلاق قبل الدخول و اما المهر فبالدخول. (٣) او اكثر و لو عشرين سنة او اكثر الفتح. (٤) فان قيل الخ كذا في العناية و الكفاية.

و ان جاءت به لاكثر من سنتين، كانت رجعة لان العلوق بعد الطلاق. و الظاهر انه منه لانتفاء الزنا منها، فيصير بالوطء مراجعاً و المبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين، لانه يحتمل ان يكون الولد قائما وقت الطلاق، فلايتيقن بزوال الفراش قبل العلوق، فيثبت النسب احتياطاً. و اذا(١) جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة، لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق، فلايكون منه، لان وطأها حرام. الا ان

الاسلام، و هذا كله اذا لم تقر بانقضاء العدة البائن او الرجعي. اما لو اقرت بالانقضاء و المدة تصلح لثلاثة اقراء عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ستون يوما و عندهما تسعة و ثلاثون يوماً فان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار، يثبت النسب لتيقننا ببطلان الاقرار و ان ولدت لستة اشهر او اكثر لايثبت. و كذا المتوفى عنها زوجها، لو اقرت بانقضاء العدة بعد اربعة اشهر و عشر فهي على هذا التفصيل. و ان لم تقر، يثبت النسب الى سنتين لان عدة الوفاة تحتمل الانقضاء، بانقضاء اربعة اشهر و عشر بوضع الحمل (و ان جاءت به) اي بالولد (لاكثر من سنتين كانت رجعة، لان العلوق بعد الطلاق، و الظاهر انه منه) اي ان الولد من الرجل (لانتفاء الزنا منها) اي لاجل انتفاء الزنا منها حملا لحالها على الصلاح (فيصير بالوطء مراجعاً) فان قيل(٢) هاهنا وجه آخر من غير ان يلزم الزنا منها بان يحمل امرها على التزوج بآخر بعد انقضاء العدة. فان قلت، و الحال انها لم تزوج، قلنا و الحال انه لم يطأها في العدة اذ لو وطئها تثبت الرجعة من غير تقدير هذا التكلف فلما كان كذلك، كان حمل امرها على التزوج بآخر اولى، لما فيه من رعاية الاصل، و هو انه لايثبت الرجعة قلنا نعم كذلك الا ان الحكم في النكاح الاول اسهل من الحكم بانشاء نكاح آخر قال الاكمل(٣) و فيه نظر، لانه غير واقع، بل هو التزام سؤال. و الصواب في الجواب، ان المراد بقوله لانتفاء الزنا عنها لازمه و هو تضييع الولد، فيكون ذلك الملزوم و ارادة اللازم و هو مجاز. و حينئذ يندفع السؤال لانا اذا جعلنا الولد من نكاح شخص آخر مجهول، بقي الولد ضائعاً. فكانه قال لانتفاء التضييع منها بالزنا او بما في معناه (و المبتوتة) اي المطلقة طلاقاً بائنا او ثلاثا (يثبت نسب ولدها اذا جاءت به، لاقل من سنتين لانه يحتمل ان يكون الولد قائماً) اي ثابتا (وقت الطلاق فلايتيقن بزوال الفراش، فيثبت النسب احتياطاً و اذا جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة، لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق) و الا لزاد اكثر مدة الحمل سنتين و هو باطل (فلايكون منه لان وطاها حرام الا ان يدعيه) استثناء

---

(١) و اذا - ن - فان. (٢) فان قيل الخ كذا في العناية. (٣) الاكمل في العناية.

يدعيه لانه التزمه و له وجه، بان وطاها بشبهة في العدة. فان كانت المبتوتة صغيرة، يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة اشهر لم يلزمه حتى تاتي به لاقل من تسعة اشهر عند ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال ابويوسف رحمه الله تعالى يثبت النسب منه الى سنتين لانها معتدة، يحتمل ان تكون حاملا، و لم تقر بانقضاء العدة، فاشبهت الكبيرة و لهما ان لانقضاء عدتها جهة معينة و هي الاشهر فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء، و هو

من قوله لم يثبت، اي لم يثبت النسب اذا جاءت المبتوتة بولد تمام سنتين، الا ان يدعيه اي الا ان يدعي الزوج الولد (لانه التزمه) اي لانه التزم النسب عند دعواه (و له وجه) شرعي (بان وطأها بشبهة في العدة) و النسب يحتاط في اثباته، فيثبت. قيل هذا مناقض لرواية كتاب الحدود حيث قال ان النسب لايثبت بالوطء في عدة المبتوتة، اجيب بانه يمكن ان تحمل المبتوتة في كتاب الحدود على المبتوتة بثلاث او على مال لا على المبتوتة بالكنايات، فحينئذ يندفع التناقض لمكان الاختلاف في وقوع البائن في الكنايات. و لهذا قيده صاحب الكتاب في الحدود بطلاق البائن على مال، و هل يحتاج لتصديق المراة ام لا. قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي فيه روايتان، في رواية يحتاج الى تصديقها و في رواية لايحتاج. و لم يذكره السرخسي في شرح الكافي و البيهقي في الشامل. (فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة اشهر) اي من وقت الطلاق، و هي لم تقر بانقضاء العدة. اما لو اقرت بالانقضاء بثلاثة اشهر، ثم جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار، يثبت لانا عرفنا بطلان الاقرار اذ في بطنها ولد. (لم يلزمه) اي لم يلزمه النسب (حتى تاتي به) اي بالولد (لاقل من تسعة اشهر عند ابي حنيفة و محمد. و قال ابويوسف يثبت النسب منه الى سنتين لانها معتدة يحتمل ان تكون حاملا و لم تقر بانقضاء العدة فاشبهت الكبيرة) و بيان(١) الاحتمال ما قيل ان الكلام في المراهقة المدخول بها و هي تحتمل الحبل ساعة فساعة، فيحتمل ان تكون حاملا وقت الطلاق فيكون انقضاء عدتها بوضع الحمل. و يحتمل انها حبلت بعد انقضاء العدة بثلاثة اشهر. و اذا كانت كذلك، كانت كالبالغة اذا لم تقر بانقضاء العدة يثبت نسب ولدها الى سنتين (و لهما) اي و لابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (ان لانقضاء عدتها جهة معينة و هي الاشهر) لقوله تعالى و اللائى لم يحضن(١) (فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء و هو) اي حكم الشرع بالانقضاء (في

---

(١) و بيان الاحتمال الخ كذا في العناية. (٢) لم يحضن – الطلاق – ٤.

في الدلالة فوق اقرارها لانه لايحتمل الخلاف و الاقرار يحتمله، و ان كانت مطلقة طلاقاً رجعياً، فكذلك الجواب عندهما و عنده يثبت الى سبعة و عشرين شهرا لانه يجعل واطئا في آخر العدة و هي الثلاثة الاشهر ثم تاتى لاكثر مدة الحمل و هو سنتان و ان كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة، فالجواب فيها و في الكبيرة سواء لان باقرارها يحكم ببلوغها. و يثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها مابين الوفاة و بين السنتين.

الدلالة فوق اقرارها) اي في الدلالة على انقضاء العدة فوق اقرار المراة (لانه) اي لان حكم الشرع (لايحتمل الخلاف و الاقرار) اي اقرار المراة (يحتمله) اي الخلاف و الكذب. فان قيل(١) يشكل عليه المتوفى عنها زوجها، فان لعدتها جهة معينة، و هي اربعة اشهر و عشر، ما لم يكن فيه الحبل ظاهرا. ثم هناك يثبت النسب الى سنتين عند علمائنا الثلاثة و لايحكم بالانقضاء بالاشهر هناك لاحتمال الانقضاء بالوضع. فكذا هنا قلنا(٢) لايشكل لانقضاء عدتها جهة اخرى و هي الحبل، اذ الاصل في الكبيرة الاحبال، و هنا ان الاصل في الصغيرة عدم الاحبال لايقال الاصل في الكبيرة ايضا عدم الاحبال لانا نقول ذلك في حق غير المنكوحة فاما النكاح لايعقد الا للاحبال فكان الاصل فيه الاحبال كذا في المبسوط(٣) (و ان كانت) اي الصغيرة (مطلقة طلاقا رجعياً، فكذلك الجواب عندهما) اي عند ابي حنيفة و محمد يعني ان ولدت لاقل من تسعة اشهر يثبت النسبت و الا فلا (و عنده) اي عند ابي يوسف رحمه الله تعالى (يثبت الى سبعة و عشرين شهراً لانه يجعل واطئا في آخر العدة، و هي الثلاثة الاشهر، ثم تاتي لاكثر مدة الحمل، و هو سنتان. و ان كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة، فالجواب فيها و في الكبيرة سواء لان باقرارها يحكم ببلوغها) فانها اعرف بامر عدتها فيثبت نسب ولدها لاقل م سنتين في الطلاق البائن و لاقل من سبعة و عشرين شهراً في الرجعي، و به صر في شرح الطحاوي (و يثبت نسب ولد المتوفي عنها زوجها ما بين الوفاة و بين السنتين) هذا اذا لم يكن المتوفى عنها زوجها صغيرة، لان نسب ولدها يثبت اذا ولدت لاقل من عشرة اشهر و عشرة ايام، و اذا ولدت لاكثر من ذلك، لايثبت عند ابي

---

(١) فان قيل يشكل الخ كذا في العناية. (٢) قلنا لايشكل الخ و في العناية ص١٧٥ ج٤ و قوله الا انا نقول لانقضاء عدتها جهة اخرى حاصله ان في كل من الحامل و الصغيرة امضينا الحكم على الاصل و لكن الاصل في الموضعين قد اختلف فلذلك اختلف الحكم الذي بنى عليه ايضا و ذلك لان الاصل في الكبيرة الاحبال فلم يعتبر في حقها تعين جهة العدة بالاشهر و الاصل في الصغيرة عدم الاحبال فلذالك اعتبرنا في حقها تعين جهة العدة بالاشهر لايقال الاصل في الكبيرة ايضا عدم الاحبال لانا نقول ذالك في حق غير المنكوحة فاما النكاح فلايعقد الا بالاحبال انتهى. (٣) المبسوط للسرخسي ص٥١ ج٦.

و قال زفر رحمه الله تعالى اذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة اشهر لايثبت النسب لان الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين الجهة، فصار كما اذا اقرت بالانقضاء كما بينا في الصغيرة، الا انا نقول لانقضاء عدتها جهة اخرى، و هو(١) وضع الحمل بخلاف الصغيرة لان الاصل فيها عدم الحمل، لانها ليست بمحل قبل البلوغ، و فيه شك. و اذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها، ثم جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر يثبت نسبه، لانه ظهر كذبها بيقين، فبطل الاقرار و ان جاءت به لستة اشهر، لم يثبت لانا لم نعلم ببطلان الاقرار لاحتمل الحدوث بعده، و هذا اللفظ باطلاقه يتناول كل معتدة. و اذا ولدت المعتدة ولدا

حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى خلافاً لابي يوسف رحمه الله تعالى (و قال زفر رحمه الله تعالى اذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة اشهر، لايثبت النسب لان الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين الجهة) لانه لما لم يكن الحبل ظاهراً فقد حكم الشرع بالانقضاء بمضي اربعة اشهر و عشر و ذلك اقوى من اقرارها (فصار كما اذا اقرت بالانقضاء) ثم بعد انقضاء العدة اذا ولدت لاقل من ستة اشهر يثبت النسب لانا تيقنا بوجود الحبل قبل انقضاء العدة و اذا ولدت لاكثر من ذلك فلاحتمال حدوث الحبل فلايثبت االنسب بالشك (كما بينا في الصغيرة) اشار به الى قوله لان لانقضاء عدتها جهة معينة (الا انا نقول) اي غير انا نقول (لانقضاء عدتها جهة اخرى، و هي وضع الحمل بخلاف الصغيرة، لان الاصل فيها) اي في الصغيرة (عدم الحمل لانها ليست بمحل) اي لان الصغيرة ليست بمحل للحمل (قبل البلوغ و فيه) اي في البلوغ (شك) و كان الصغر ثابتا فلايزول بالشك (و اذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها، ثم جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر يثبت نسبه) يعني من وقت الاقرار (لانه ظهر كذبها بيقين، فبطل الاقرار و ان جاءت به لستة اشهر لم يثبت) و قال الشافعي رحمه الله تعالى يثبت منه الا ان تكون قد تزوجت، فيثبت من الثاني او تاتي به لاكثر من اربعة سنين. و قوله اذا اعترفت المعتدة يتناول كل معتدة عن وفاة او عن طلاق بائن او رجعي، لانه اطلق المعتدة و لم يقيدها (لانا لم نعلم ببطلان الاقرار لاحتمال الحدوث بعده و هذا اللفظ) اراد به قوله و اذا اعترفت المعتدة (باطلاقه يتناول كل معتدة) و قد ذكرناه الآن قبيل ذكر(٢) المرغيناني و قاضي خان ان الآيسة لو اقرت بانقضاء عدتها، ثم جاءت بولد لاقل من سنتين، ثبت نسب ولدها، فلم يتناول كل معتدة. و قال الكاكي الا ان يؤول قوله كل معتدة غير الآيسة. (و اذا ولدت المعتدة ولداً لم يثبت نسبه عند ابي

---

(١) و هو - ن - و هي. (٢) ذكر المرغيناني الخ كذا في العناية.

لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى الا ان يشهد بولادتها رجلان او رجل و امرأتان، الا ان يكون هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب من غير شهادة. و قال ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة

حنيفة رحمه الله تعالى الا ان يشهد بولادتها رجلان(١) او رجل و امراتان، الا ان يكون هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج) بكسر القاف و فتح الباء الموحدة (فيثبت النسب من غير شهادة) ثم قوله المعتدة باطلاقها يتناول المعتدة عن وفاة او عن طلاق رجعي او بائن. و لهذا قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير و ان ادعت انهاولدت و ذلك بعد الوفاة او طلاق بائن لم يثبت ذلك الا بشهادة رجلين او رجل و امراتين عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و كذلك بعد الطلاق الرجعي (و قال ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى يثبت في الجميع بشهادة امراة واحدة) مسلمة عدلة حرة. و به قال احمد(٢) و عند الشافعي يشترط اربع نسوة، و عند مالك و ابن ابي ليلى يثبت بشهادة امراتين. و عند زفر لايثبت بشهادة النساء، و عندهما يشترط الحرية و لفظ الشهادة، و لايشترط الذكورة و العدد. و ذكره في المبسوط. و قال فخر الاسلام يثبت بشهادة القابلة عند ابي يوسف و محمد، و في المختلف لاتقبل شهادة القابلة على الولادة، الا بمؤيد و هو ظهور الحبل او اقرار الزوج بالحبل او قيام الفراش يعني ان المعتدة عن وفاة اذا كذبها الورثة في الولادة و في الطلاق البائن اذا كذبها الزوج. و في تعليق للطلاق بالولادة، لاتقبل الابينة، و لاتقبل شهادة القابلة الا عند ما ذكرنا من القرائن، و عندهما يقضي بشهادة القابلة وحدها. الى هنا لفظ المختلف. و في المحيط لايشترط العدد لئلا يكثر النظر الى العورة. و قال مشايخ(٣) خراسان يشترط لفظ الشهادة لانها موجبة على غيره. و عند مشايخ العراق لايشترط، و في جامع قاضي خان. و على هذا الخلاف كل ما لم يطلع عليه الرجال و اجمع اصحابنا على انه يقضي بالنسب بشهادة القابلة، عند قيام النكاح، و اختلفوا بعد الموت و الطلاق فعند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لايثبت و عندهما يثبت (لان الفراش قائم بقيام العدة و

---

(١) رجلان الخ قيل لايحل نظر الرجل الى العورة فما وجه اشتراط شهادة الرجال و اجيب بان النظر لايلزم بل اذا دخلت بيتا بين الشهود و هم يعلمون ان ليس فيها غيرها ثم خرجت مع الولد كفى لجواز اداء الشهادة كذا في الشروح الثلاثة و في الكفاية انهم لايقولون تعمدنا النظر و انما وقع ذلك اتفاقا ثم عند الحاجة الى ان تحمل الشهادة يباح النظر للرجال كما في الشهادة على الزنا و الحاجة تتحقق اذا لم يكن هناك مؤيد انتهى. (٢) و به قال احمد الخ كذا في الفتح ص١٧٦ ج٤. (٣) و قال مشايخ خراسان الخ كذا في الفتح.

لان الفراش قائم بقيام العدة و هو ملزم للنسب. و الحاجة الى تعيين الولد انه منها، فيتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح. و لابي حنيفة رحمه الله تعالى ان العدة تنقضي باقرارها بوضع الحمل. و المنقضي ليس بحجة، فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء، فيشترط كمال الحجة بخلاف ما اذا كان ظهر الحبل او صدر الاعتراف من الزوج لان النسب ثابت قبل الولادة و التعين يثبت بشهادتها. فان كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة في الولادة و لم يشهد على الولادة احد فهو ابنه في قولهم جميعا. و هذا في حق الارث ظاهر،

هو) اي قيام الفراش (ملزم للنسب) حتى ان كل ولد يحدث منها يثبت نسبه (و الحاجة الى تعيين الولد) اي الحاجة هنا في اثبات النسب الى تعيين الولد (انه) اي ان الولد (منها) اي من المعتدة (فيتعين بشهادتها) اي بشهادة القابلة (كما في حال قيام النكاح) او اقرار الزوج بالحبل او ظهور الحبل (و لابي حنيفة رحمه الله تعالى ان العدة تنقضي باقرارها بوضع الحمل، و المنقضي ليس بحجة) يعني الذي انقضى ليس بحجة، و الحجة هو القائم به (فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء) بالقضاء (فيشترط كمال الحجة) لان المراة لما ولدت صارت اجنبية لانقضاء عدتها و نسب ولد الاجنبية من الاجنبي، لا يثبت الا بحجة تامة، فلايقضي بشهادة القابلة وحدها (بخلاف ما اذا ظهر الحبل او صدر الاعتراف من الزوج لان النسب ثابت قبل الولادة و التعين يثبت بشهادتها) اي بشهادة القابلة، لانه عليه الصلوة والسلام اجاز(١) شهادة القابلة على الولادة. (فان كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة في الولادة، و لم يشهد على الولادة احد، فهو ابنه في قولهم جميعاً) و يرثه و معنى (٢) تصديق الورثة ان يقروا به جميعاً. او اقر جماعة يقطع الحكم بشهادتهم بان كان رجلان منهم او رجل و امراتان منهم، فوجب الحكم باثبات النسب حتى يشارك المصدقين و المنكرين. ذكره البزدوي و التمرتاشي. و قال الاسبيجابي هذا جواب الاستحسان. و في القياس لايثبت لانهم يقرون على الميت بالنسب فلايقبل و قال شمس الائمة في تعليل المسألة الوارثون قائمون مقام الزوج ان قال الزوج انها ولدته يثبت النسب، فكذا تصديق الورثة بعد موته. و هذا لان ثبوت النسب باعتبار الفراش، و ذلك باق ببقاء العدة بعد موته و الحاجة الى الشهادة ليظهر له ولادتها، فيصان الولد، و قد حصل ذلك بتصديق الورثة (و هذا) اي تصديق الورثة (في حق الارث ظاهر،

---

(١) لانه عليه الصلوة و السلام اجاز الحديث اخرجه الدارقطني في كتاب الاقضية ص٢٣٢ ج٤ و التفصيل في نصب الراية ص٢٦٤ ج٣ و فتح القدير ص١٧٧ ج٤. (٢) و معنى الخ كذا في الكفاية.

لانه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم. اما في حق النسب هل يثبت في حق غيرهم، قالوا اذا كانوا من اهل الشهادة يثبت لقيام الحجة. و لهذا قيل تشترط لفظة الشهادة. و قيل لاتشترط لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم باقرارهم و ما ثبت تبعاً لايراعى فيه الشرائط و اذا تزوج الرجل امراة فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم تزوجها، لم يثبت نسبه لان العلوق سابق على النكاح فلايكون منه. و ان جاءت به لستة اشهر فصاعداً يثبت نسبه منه، اعترف به الزوج او سكت لان الفراش قائم و المدة تامة، فان جحد الولادة يثبت بشهادة امراة واحدة تشهد بالولادة، حتى لو نفاه الزوج يلاعن، لان النسب يثبت بالفراش القائم،

لانه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم) و اختلف مشايخنا في ان لفظ الشهادة هل يشترط من الورثة ام لا. قال بعضهم يشترط بعد ان يكون في مجلس الحكم كذلك قال فخر الاسلام و ذلك لان النسب لايثبت في حق الناس كافة الا بلفظ الشهادة. و قال بعضهم لايشترط و اليه ذهب الفقيه ابوالليث (اما في حق النسب هل يثبت في حق غيرهم) اي في حق غير المصدقين وغيرهم هم المنكرون من الورثة وغيرهم الميت (قالوا اذا كانوا من اهل الشهادة) بان كانوا ذكورا او ذكورا مع اناث و هم عدول فيثبت النسب في حق غيرهم، حتى يشارك الولد المنكرين ايضا في الارث و يطلب غريم الميت بدينه (و لهذا) اي و لاشتراط كونهم من اهل الشهادة (قيل تشترط) ايضا (لفظ الشهادة، و قيل لاتشترط لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم باقرارهم و ما ثبت تبعاً لايراعى فيه الشرائط) كالعبد مع المولى والجندي مع السلطان في حق الاقامة (و اذا تزوج الرجل امراة فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر، منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه، لان العلوق سابق على النكاح فلايكون منه. و ان جاءت به لستة اشهر فصاعداً يثبت نسبه منه اعترف الزوج او سكت لان الفراش قائم والمدة) اي مدة هذا الحمل من وقت النكاح (تامة) فيثبت النسب (فان جحد الولادة) اي فان انكر الزوج الولادة (يثبت) اي النسب (بشهادة امراة واحدة تشهد بولادة) و اراد بامراة(١) واحدة حرة مسلمة. و به صرح في المبسوط(٢) و ههنا خلاف بين العلماء ذكرناه عن قريب (حتى لو نفاه الزوج يلاعن) لان اللعان بالقذف (لان النسب يثبت بالفراش القائم) و

---

(١) و اراد بامراة الخ و في الكنز و ان جحد فبشهادة امراة و في شرحه البحر ص١٧٦ ج٤ اطلق المصنف في المراة ههنا و قيدها في الشهادات بالعدالة و قيدها في المبسوط بالحرية و الاسلام و لم يشترط العدالة و الظاهر الاول انتهى. (٢) المبسوط للسرخسي ص٤٩ ج٦.

و اللعان انما يجب بالقذف و ليس من ضرورته وجود الولد فانه يصح بدونه. فان ولدت ثم اختلفا، فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة، و قالت هي منذ ستة اشهر، فالقول قولها و هو ابنه لان الظاهر شاهد لها، فانها تلد ظاهرا من نكاح او من سفاح. و لم يذكر الاستحلاف و هو على الاختلاف، و ان قال لامراته اذا ولدت ولداً فانت طالق، فشهدت امراة على الولادة لم تطلق عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى. و قال ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى تطلق لان شهادتها حجة في ذلك.

لاينتفي الا باللعان على تقيد في مدة يصح نفيه فيها. و قد مر بيان المدة في باب اللعان. (و اللعان انما يجب بالقذف) هذا جواب(١) عما يقال اللعان هنا انما يجب بنفي الولد، و الولد يثبت بشهادة القابلة و هو لايجوز لان اللعان في معنى الحد، و الحد لايثبت بشهادة النساء. و اجاب بقوله و اللعان انما يجب بالقذف و القذف موجود لان قوله ليس مني قذف لها بالزنا معنى. و القذف لايستلزم وجود الولد، فانه يصح بدونه فلم يعتبر الولد الثابت بشهادة القابلة (و ليس من ضرورته) اي من ضرورة اللعان (وجود الولد فانه يصح بدونه) اي بدون الولد (فان ولدت ثم اختلفا، فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة اشهر، و قالت هي منذ ستة اشهر، فالقول قولها لان الظاهر شاهد لها فانها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح) و هو الزنا لايقال الظاهر شاهد له ايضا، لان الاصل في الحوادث ان تضاف الى اقرب الازمان، فتعارضا، فلابد من دليل الترجيح(٢) لانا نقول الحوادث هو لزوم حمل امرها على الفساد تقرير اعتبار قول الزوج و لايجوز ذلك (و لم يذكر) محمد (الاستحلاف) اي أن المراة تستحلف ام لا (و هو على الاختلاف) المذكور في الاشياء الستة، فتستحلف عندهما خلافا لابي حنيفة رحمه الله تعالى لان الاختلاف وقع في النسب او النكاح (و ان قال لامراته اذا ولدت فانت طالق، فشهدت امراة على الولادة لم تطلق عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قال ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى تطلق لان شهادتها) اي لان شهادة المراة (حجة في ذلك) اي في باب الولادة و هنا قيدان تركهما المصنف

---

(١) هذا جواب الخ و ما في العناية اوضح و اتم فلفظه جواب عما يقال اللعان ههنا انما يجب بنفي الولد و الولد يثبت بشهادة القابلة فيكون اللعان ثابتا بشهادة القابلة و هو لايجوز لان اللعان في معنى الحد و الحد لايثبت بشهادة النساء و وجهه ان اللعان يجب بالقذف و القذف موجود لان قوله ليس مني قذف لها بالزنا معنى و القذف لايستلزم وجود الولد فانه يصح بدونه فلم يعتبر الولد الثابت بشهادة القابلة و انما اضيف اللعان الى القذف مجردا عنه انتهى. (٢) دليل الترجيح الخ و في العناية اجيب عنه بان النسب مما يحتاط في اثباته فاذا تعارض الظاهر ان فيه ترجح المثبت على ان الظاهر حالها يتايد بظاهر حاله من حيث انه لايباشر النكاح بصفة الفساد =>

قال عليه الصلوة و السلام شهادة النساء جائزة فيما لايستطيع الرجال النظر اليه و لانها لما قبلت في الولادة تقبل فيما يبتنى عليها و هو الطلاق. و لابي حنيفة رحمه الله تعالى انها ادعت الحنث فلايثبت الا بحجة تامة، و هذا لان شهادتهن ضرورية في حق الولادة فلاتظهر في

فلابد من ذكرهما. احدهما عدم اقرار الزوج بالحمل، و الآخر عدم كون الحبل ظاهراً. و هنا مسالتان اما ان يقر الزوج بالحبل او لايقر به، فان لم يقر به لايقع الطلاق بقولها ولدت، و لايثبت النسب بالاتفاق اذا لم تشهد القابلة. اما اذا شهدت وقع الطلاق. (قال عليه الصلوة و السلام شهادة النساء جائزة فيما لايستطيع الرجال النظر اليه) هذا حديث غريب، فلذلك لم يذكره اكثر الشراح. و قال مخرج الاحاديث(١) روى ابن ابي شيبة في مصنفه في البيوع(٢) حدثنا عيسى بن يونس عن الاوزاعي عن الزهري، قال مضت السنة ان تجوز شهادة النساء فيما لايطلع عليه غيرهن من ولادات النساء و عيوبهن. و يجوز شهادة القابلة وحدها في الاستهلال، و امراتان فيما سوى ذلك. و رواه عبدالرزاق(٣) في مصنفه. اخبرنا ابن جريج عن الزهري فذكره (و لانها) اي و لان المراة اعني القابلة (لما قبلت في الولادة تقبل فيما يبتني عليها و هو الطلاق) لان وقوع الطلاق متعلق بها (و لابي حنيفة رحمه الله تعالى(٤) انها) اي ان المراة التي هي الزوجة (ادعت الحنث) على الزوج و هو وقوع الطلاق و الزوج ينكر ذلك (فلايثبت الا بحجة تامة) اي كاملة. و هذا اشارة الى عدم ثبوت دعوى المراة الا بحجة كاملة (لان شهادتهن ضرورية في حق الولادة) لان مجلس الولادة لايطلع عليه الرجال و الثابت بالضرورة لايتعدى موضع الضرورة (فلاتظهر في

=> فان نكاح الحبلى فاسد انتهى و كذلك في الفتح. (١) مخرج الاحاديث في نصب الراية باب ثبوت النسب ص٢٦٤ ج٣. (٢) في البيوع ما تجوز فيه شهادة النساء ص١٨٥ ج٦. (٣) عبدالرزاق باب شهادة المراة في الرضاع و النفاس ص٣٣٣ ج٨ و فيه آثار اخرى المتعلقة بالموضوع عن عمر بن الخطاب و ابن عمر وغيرهما من الصحابة و التابعين رضي الله تعالى عنهم و نحوه في فتح القدير ص١٧٧ج٤ و راجع لمزيد البحث نصب الراية ص٨٠ ج٤ كتاب الشهادات و اعلاء السنن باب ثبوت النسب ص٢٦٩ ج١١. (٤) و لابي حنيفة رحمه الله تعالى الخ و في العناية و لابي حنيفة ان دعواها ليست الطلاق حتى يثبت في ضمن الولادة بشهادتها و انما دعواها حنثه في يمينه و الحنث ليس من ضرورات الولادة فلايثبت الا بحجة كاملة سلمنا ان دعواها الطلاق لكن لايمكن اثباتها بشهادتها ضمنا لان شهادتهن ضرورية في حق الولادة لعدم حصول الرجال عندها فلاتظهر في حق الطلاق لانه ينفك عنها و لقائل ان يقول كلامنا في الطلاق المعلق بالولادة و المعلق بالشيء لازم من لوازمه و الولادة تثبت بشهادتها و الشيء اذا ثبت ثبت بجميع لوازمه انتهى.

حق الطلاق، لانه ينفك عنها، و ان كان الزوج قد اقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما تشترط شهادة القابلة لانه لابد من حجة لدعواها الحنث، و شهادتها حجة فيه على مابينا. و له ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي اليه و هو الولادة. و لانه اقر بكونها مؤتمنة، فيقبل قولها في رد الامانة. قال و اكثر مدة الحمل سنتان لقول عائشة رضي الله تعالى عنها الولد لايبقى في البطن اكثر من سنتين و لو بظل مغزل،

حق الطلاق لانه) اي لان الطلاق (ينفك عنها) اي عن الولادة في الجملة يعني يوجد بدونها. و كذا الولادة توجد بدون الطلاق و ان صار الطلاق هنا من لوازمها، كمن اشترى لحماً، فشهد مسلم انه ذبيحة مجوسي قبلت شهادته في حرمة الاكل، و لايثبت تمجس الذابح في حق الرجوع على البائع بشهادة الواحد، كذا في جامع قاضي خان(١) (و ان كان الزوج قد اقر بالحبل) يعني اذا اقر الزوج بالحبل، ثم علق طلاقها بالولادة، فقالت المراة ولدت و كذبها الزوج (طلقت من غير شهادة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما تشترط شهادة القابلة لانها لابد من حجة لدعواها الحنث و شهادتها حجة فيه) اي شهادة القابلة حجة في الحنث (على ما بينا) يعني في المسالة الاولى (و له) اي و لابي حنيفة رحمه الله تعالى (ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي اليه) اي بالشيء الذي يفضي الحبل الى ذلك الشيء (و هو الولادة) الضمير في و هو يرجع الى ما (و لانه اقر بكونها مؤتمنة) لانه علق طلاقها بامر كائن و هو الولادة. و القول قول المؤتمن في دعوى رد الامانة (فيقبل قولها في رد الامانة قال) اي القدوري (و اكثر مدة الحمل سنتان لقول عائشة رضي الله تعالى عنها، الولد يبقى في البطن اكثر من سنتين و لو بظل مغزل) اخرج الدارقطني(٢) ثم البيهقي في سننهما من طريق ابن المبارك حدثنا داود بن عبدالرحمن عن ابن جريج عن جميلة بنت سعد عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت ماتزيد المراة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل و في لفظ قالت لايكون الحمل اكثر من سنتين. و اخرج الدارقطني ايضا و من جهته البيهقي عن الوليد بن مسلم قال قلت لمالك بن انس اني حدثت عن عائشة رضي الله تعالى عنها، قالت لاتزيد المراة في حملها على سنتين قدر ظل المغزل فقال سبحان الله من يقول هذا، هذه جارتنا امراة محمد بن عجلان امراة صدق و زوجها رجل صدق

---

(١) قاضي خان و كذا في الكفاية ص١٨٠ ج٤. (٢) الدارقطني في اواخر النكاح ص٣٢٢ ج٣ و البيهقي في سننه باب ماجاء في اكثر الحمل ص٤٤٣ ج٧ و التفصيل في نصب الراية ص٢٦٥ ج٣ و فتح القدير ص١٨٠ ج٤ و اعلاء السنن ص٢٧٠ ج١١ و قد اجاب صاحب الاعلاء عما أورد على حديث عائشة رضي الله عنها.

و اقله ستة اشهر لقوله تعالى و حمله و فصاله ثلاثون شهراً ثم قال و فصاله في عامين فبقي الحمل ستة اشهر و الشافعي رحمه الله تعالى يقدر الاكثر باربع سنين و الحجة عليه ما رويناه. و الظاهر انها قالته سماعاً، اذ العقل لايهتدي اليه. و من تزوج امة فطلقها ثم اشتراها، فان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم اشتراها لزمه، و الا لم يلزمه لانه في الوجه الاول ولد المعتدة، فان العلوق سابق على الشراء و في الوجه الثاني ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى اقرب وقته

حملت ثلاثة ابطن في اثني عشر سنة كل بطن في اربع سنين قوله و لو بظل مغزل اي بقدر(١) مكث ظله حال الدوران لان ظله حال الدوران اسرع زوالا من سائر الظلال، و الغرض المبالغة في تقليل المدة. و في بعض النسخ و لو بفلك مغزل و هو رواية المبسوط، و الايضاح اي بدور فلكة مغزل. و في شرح الارشاد و لو بدور ظل مغزل (و اقله ستة اشهر لقوله عزوجل و حمله و فصاله ثلاثون شهرا(٢) ثم قال الله تعالى و فصاله في عامين(٣) فبقي للحمل ستة اشهر و الشافعي يقدر الاكثر) اي اكثر مدة الحمل (باربع سنين) و به قال مالك(٤) في المشهور و إحمد كذلك. و قال عباد خمس سنين، و قال الزهري ست سنين، و قال ربيعة بن عبدالرحمن سبع سنين، و قال الليث ثلاث سنين، و بقولنا قال الثوري و الضحاك بن مزاحم و هرم بن حيان و احمد في رواية (و الحجة عليه) اي على الشافعي رحمه الله تعالى (ما رويناه) و هو حديث عائشة رضي الله تعالى عنها. (و الظاهر انها قالته سماعاً) اي الظاهر ان عائشة رضي الله تعالى عنها قالت الحديث المذكور من حديث السماع عن النبي صلى الله عليه وسلم (اذ العقل لايهتدي اليه) يعني العقل لايدرك هذا، لان ما في الرحم لايعلمه الا الله تعالى (و من تزوج امراة فطلقها ثم اشتراها) يريد به طلاقها بعد الدخول، اذ لو كان قبل الدخول لايلزمه الولد الا ان تجئ به لاقل من ستة اشهر منذ فارقها (فان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم اشتراها لزمه) اي الولد (و الا(٥) لم يلزمه) اي و اذا جاءت به لاكثر من ذلك لم يلزمه (لانه في الوجه الاول) اراد به ما اذا ولدته لاقل من ستة اشهر (ولد المعتدة، فان العلوق سابق على الشراء و في الوجه الثاني) اراد به ما اذا ولدته لستة اشهر او اكثر من وقت الشراء (ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى اقرب وقته)

---

(١) اي بقدر الخ كذا في العناية. (٢) ثلاثون شهرا - الاحقاف - ١٥. (٣) في عامين - لقمان - ١٤. (٤) و به قال مالك الخ راجع فتح القدير ص١٨٠ ج٤ و المغنى لابن قدامة ١١٦ ج٩. (٥) و الا - اي و ان لم تجئ به لاقل بل لتمام ستة اشهر او اكثر من وقت الطلاق لم يلزمه الا ان يدعيه - فتح القدير.

فلابد من دعوة، و هذا اذا كان الطلاق واحدا بائناً او خلعاً او رجعياً. اما اذا كان اثنتين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق لانها حرمت عليه حرمة غليظة، فلايضاف العلوق الا الى ما قبله، لانها لاتحل بالشراء. و من قال لامته، ان كان في بطنك ولد فهو مني، فشهدت على الولادة امراة فهي ام ولده لان الحاجة الى تعين(١) الولد و يثبت ذلك بشهادة القابلة بالاجماع

و هو وجوب وقت كونها مملوكة فلايثبت الا بالدعوي و هو معنى قوله (فلابد من دعوة) يعني لايثبت النسب الا بان يدعيه (و هذا) اي هذا الحكم الذي ذكرناه (فيما اذا كان الطلاق واحدا بائنا او خلعاً او رجعياً اما اذا كان) اي الطلاق (اثنتين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق لانها حرمت عليه حرمة غليظة) بطلقتين و لاتحل له حتى تنكح زوجاً غيره (فلايضاف العلوق الا الى ما قبله) اي ما قبل الطلاق و هو ابعد الاوقات (لانها لاتحل بالشراء) اذ الوطء لايحل له قبل الشراء لانها حرمت عليه حرمة غليظة بالثنتين. و اذا لم يحل وطؤها بملك اليمين لايقضي بالعلوق من اقرب الاوقات، اذ في القضاء بالعلوق الى اقرب الاوقات يلزم حمل امر المسلم على الحرام، و هو الممكن للوطء الحرام من المولى. فان قيل وجب أن يحل بقوله تعالى الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم(٢) قلنا لاتحل لقوله تعالى فلاتحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره(٣) و الثانية في الامة كالثالثة في الحرة. و اذا لم يحل وطؤها، فلايضاف الى اقرب الاوقات، بل يضاف الى الابعد و هو ما قبل الطلاق فيلزمه الولد اذا جاءت به لاقل من سنتين منذ الطلاق (و من قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني، فشهدت على الولادة امراة فهي ام ولده) اي بالاجماع (لان الحاجة الى تعيين الولد، و يثبت ذلك بشهادة القابلة بالاجماع) اي باتفاق اصحابنا. و به قال احمد رحمه الله تعالى و قد مر الخلاف فيه، و هذا(٤) اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار، و لو ولدت لستة اشهر او اكثر لايلزمه لاحتمال انها حبلت بعد مقالة المولى، فلم يكن المولى مدعيا لهذا الولد بخلاف الاول لتيقننا ببقائه في البطن وقت القول فتيقنا بالدعوى، هذا في جامع قاضي خان و قال الاترازي و مثله مسألة كتاب العتاق و ان قال ما في بطنك حر فولدت بعد ذلك لستة اشهر لم يعتق، و ان ولدته لاقل من ستة اشهر عتق. و كان ينبغي لك ان تعرف انه فيما اذا قال ان كان في بطنك ولد او قال ان كان بها حبل فهو مني بلفظ

---

(١) تعين - ن - تعيين. (٢) ايمانهم المؤمنون - ٦. (٣) زوجا غيره البقرة ٢٣٠. (٤) و هذاا الخ كذا في الشروح الثلاثة.

و من قال لغلام هو ابني ثم مات، فجاءت ام الغلام و قالت انا امراته، فهي امراته و هو ابنه و يرثانه. و في النوادر جعل هذا جواب الاستحسان. و القياس ان لايكون لها الميراث، لان النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد و بالوطء عن شبهة و بملك اليمين، فلم يكن قوله اقراراً بالنكاح. وجه الاستحسان. ان المسألة فيما اذا كانت معروفة بالحرية و بكونها ام الغلام و النكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا و عادة و لو لم يعلم بانها حرة، فقالت الورثة انت ام ولد فلاميراث لها لان ظهور الحرية باعتبار الدار حجة

التعليق. اما اذا قال هذه حامل مني يلزمه الولد، و ان جاءت به لاكثر من ستة اشهر الى سنتين حتى ينفيه، و به صرح في الاجناس في كتاب الاعتاق (و من قال لغلام هو ابني ثم مات، فجاءت ام الغلام فقالت انا امراته، فهي امراته و هو ابنه و يرثانه) اي الام و الابن يرثان الميت (و في النوادر جعل) اي محمد (هذا جواب الاستحسان، و القياس ان لايكون لها الميراث لان النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح، يثبت بالنكاح الفاسد و بالوطء عن شبهة، و بملك اليمين، فلم يكن قوله اقراراً بالنكاح) و اعترض(١) انه ينبغي ان لايكون لها الميراث في الاستحسان، لان هذا النكاح يثبت اقتضاء فيثبت بقدر الضرورة، و هو تصحيح النسب دون استحقاق الارث و اجيب بان النكاح على ما هو الاصل ليس بمتنوع الى نكاح هو سبب لاستحقاق الارث و النكاح ليس بسبب له، فلما ثبت النكاح بطريق الاقتضاء ثبت ما هو من لوازمه التي لاتنفك عنه شرعاً، و انما قال على ما هو الاصل لئلا يرد نكاح الكتابية و الامة لانه من العوارض. (وجه الاستحسان ان المسالة فيما اذا كانت) اي ام الغلام (معروفة بالحرية و بكونها ام الغلام) قيد بكونها معروفة بالحرية لانها لو لم تكن معروفة بانها حرة من الاصل لاترث. لان للورثة ان يقولوا، ان كنت ام الولد لمورثنا انما عتقت بموته. غاية ما في الباب انها حرة في الحال، و التمسك باستصحاب الحال لمعرفة الحكم في الماضي يصلح للدفع لا للاثبات، فيندفع عنها الرق و لايثبت الارث و قيد ايضا بكونها ام الغلام لانه اذا لم يثبت انها ام الغلام فلاترث. (و النكاح الصحيح هو المتعين لذلك) اي لثبوت النسب (وضعاً و عادة) اي من حيث الوضع و من جهة الشرع، و من حيث العادة بالشهرة بين الناس (و لو لم يعلم بانها حرة، فقالت الورثة انت ام ولد فلاميراث لها) قد قررنا هذا لان قولنا فيه بكونها معروفة الحرية (لان ظهور الحرية باعتبار الدار) اي دار الاسلام (حجة

---

(١) و اعترض الخ كذا في الشروح الثلاثة الفتح و العناية و الكفاية.

في دفع الرق لا في استحقاق الميراث.

في دفع الرق لا في استحقاق الارث) لان الارث لايثبت الا بنسب صحيح. و قال التمرتاشي لاميراث لها، و لكن لها مهر المثل لانهم اقروا بالدخول بها، و لم يثبت كونها ام ولد بقولهم، و قال الاترازي و فيه نظر، لان الدخول انما يوجب بمهر المثل في غير صورة النكاح، اذا كان الوطء عن شبهة و لم يثبت النكاح هنا. و الاصل عدم الشبهة، فباي دليل يحمل على ذلك، فلايجب مهر المثل.

باب حضانة الولد و من احق به(١)

و اذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد، لما روى ان امراة قالت يارسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء، و حجري له حوى و ثديي له سقاء، و زعم ابوه انه ينزعه مني. فقال عليه الصلوة و السلام انت احق به ما لم تتزوجي.

(باب حضانة الولد و من احق به)

اي هذا باب في بيان حكم الولد في الحضانة و التربية لمن هو و من احق به لان الولد عاجز عن النظر لنفسه و القيام بحوائجه، فجعل الشرع الولاية الى من هو مشفق عليه، فجعل ولاية التصرف الى الاب لقوة رايه مع الشفقة و حق الحضانة الى الام لرفقها في ذلك مع الشفقة عليه، و هي اقدر على ذلك للزومها البيت، و كونها اشفق ثم المناسبة بين البابين ظاهرة لاتحتاج الى بيان (و اذا وقعت الفرقة بين الزوجين، فالام احق بالولد) سواء كانت كتابية او مجوسية، لان الشفقة لاتختلف باختلاف الدين (لما روى ان امراة قالت ان ابني هذا كان بطني له وعاء، و حجري له حوى، و ثديي له سقاء، و زعم ابوه انه ينزعه مني، فقال صلى الله عليه وسلم انت احق به ما لم تتزوجي) هذا الحديث رواه ابوداود(٢) في سننه. حدثنا محمود بن خالد السلمي، حدثنا الوليد عن ابي عمرو يعني الاوزاعي، حدثنا عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبدالله بن عمرو، ان امراة قالت يارسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء، و ثديي له سقاء و حجري له حواء، و ان اباه طلقني و اراد ان ينزعه مني فقال لها عليه الصلوة و السلام انت احق به ما لم تنكحي. و رواه الحاكم، و صحح اسناده قالوا عمرو بن شعيب بن محمد بن عبدالله بن عمرو بن العاص، فاذا اراد بجده محمدا كان الحديث مرسلا، و اذا اراد به عبدالله، كان الحديث متصلا، و هنا قد صرح عن جده عبدالله، فالحديث متصل صحيح و عمرو و شعيب و محمد كلهم ثقاة، قولها و حجري بفتح الحاء و كسرها، حجر(٣) الانسان، و الحوى بكسر الحاء المهملة و تخفيف الواو بيت من الوبر و الجمع الاحوية كذا في الصحاح و قال ابن الاثير(٤) الحواء اسم المكان الذي يحوي

---

(١) باب حضانة الولد و من احق به - ن - باب الولد من احق به و راجع للموضوع. المغنى ص٢٩٧ ج٩ باب من احق بكفالة الطفل و اعلاء السنن ابواب حضانة الولد ص٢٨٢ ج١١ و اوجز المسالك ما جاء في المؤنث من الرجال و من احق بالولد ص٣٨٥ ج٥ و تكملة شرح المهذب باب الحضانة ص٣٢٢ ج١٨. (٢) ابوداود كتاب الطلاق باب من احق بالولد ص٣١٧ ج١ و الحاكم في المستدرك ص٢٠٧ ج٢ و صححه الذهبي ايضا و اخرجه الدارقطني و عبد الرزاق ص١٥٣ ج٧ و التفصيل في نصب الراية ص٢٦٥ ج٣ و اعلاء السنن ص٢٨٣ ج١١. (٣) حجر الانسان بفتح الحاء و كسرها الحضن كذا في النهاية و اللسان. (٤) ابن الاثير في النهاية ص٤٦٥ ج١ و كذالك في اللسان.

و لان الام اشفق و اقدر على الحضانة، فكان الدفع اليها انظر. و اليه اشار الصديق رضي الله تعالى عنه ريقها خير له من شهد و عسل عندك يا عمر قاله حين وقعت الفرقة بينه و بين امراته، و الصحابة حاضرون متوافرون

الشيء اي يضمه و يجمعه، هكذا فسره في هذا الحديث، ثم قال الحواء بيوت مجتمعة من الناس على ماء و الجمع احوية، فسره في حديث آخر و السقاء بالكسر الدلو (و لان الام اشفق عليه و اقدر على الحضانة)(١) ماخوذ من الحضن و هو ما دون الابط الى الكشح و حضنا الشيء جانباه، و حضن الطائر بيضه اذا ضمه الى نفسه تحت جناحيه، و كان المربي للولد يتخذه في حضنه و يضمه الى جانبه (فكان الدفع اليها انظر) اي فكان دفع الولد الى امه انظر في حقه يعني اقوى نظرا في حاله من غيره (و اليه) اي الى هذا المعنى (اشار الصديق) اي ابوبكر الصديق رضي الله تعالى عنه بقوله (ريقها خير له من شهد و عسل عندك يا عمر، قاله حين وقعت الفرقة بينه و بين امراته، و الصحابة حاضرون متوافرون) هذا غريب بهذا اللفظ، و قصته ما رواه ابن ابي شيبة(٢) في مصنفه، حدثنا محمد بن بشر، حدثنا سعيد بن ابي عروبة عن قتادة عن سعيد بن المسيب، ان عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه طلق ام عاصم ثم اتى عليها و في حجرها عاصم، فاراد ان ياخذه منها، فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام، فانطلقا الى ابي بكر رضي الله تعالى عنه فقال مسحها و حجرها و ريحها خير له منك يا عمر حتى يشب الصبي فيختار. و رواه عبدالرزاق(٣) حدثنا سفيان الثوري عن عاصم عن عكرمة قال، خاصمت امراة عمر رضي الله تعالى عنه الى ابي بكر رضي الله تعالى عنه و كان طلقها، فقال ابوبكر رضي الله تعالى عنه هي اعطف و ارحم و احنأ و ارأف، و هي إحق بولدها ما لم تتزوج. و تفسير الذي ذكره المصنف قوله، ريقها اي ريق ام عاصم امراة عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه و اسمها جميلة و قوله من شهد بضم الشين و فتحها، عسل في شمعه. و في المبسوط ريحها و في رواية ريح رقاعها و هو ثوب تشتمل به المراة، خير له من سمن و عسل عندك يا عمر، فدعه عندها. و

---

(١) الحضانة و في لسان العرب الحضن (بكسر الحاء) مادون الابط الى الكشح (بفتح الكاف) و قيل هو الصدر و العضدان و مابينهما و الجمع احضان. و الحضن الجنب و حضن الصبي يحضنه (باب نصر) حضنا (بفتح الحاء) و حضانة (بفتح الحاء و كسرها) جعله في حضنه الخ و نحوه في البحر الرائق ص١٧٩ ج٤. (٢) ابن ابي شيبة في مصنفه ما قالوا في الرجل يطلق امرأته و لها ولد صغير ص٢٣٨ ج٥ و نحوه في المؤطا لمالك في كتاب القضاء باب ما جاء في المؤنث من الرجال و من احق بالولد ص٦٥١ و التفصيل في نصب الراية ص٢٦٦ ج٣.
(٣) عبدالرزاق باب اي الابوين احق بالولد ص١٥٤ ج٧.

و النفقة على الاب على ما نذكر و لاتجبر الام عليه(١) لانها عست تعجز عن الحضانة. فان لم تكن له ام، فام الام أولى من ام الاب. و ان بعدت لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات، فان لم تكن ام الام، فام الاب اولى من الاخوات لانها من الامهات. و لهذا تحرز ميراثهن السدس

قضى به بحضرة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم، و لم ينكر عليه احد فحل محل الاجماع (و النفقة على الاب على ما نذكر) اي نفقة الولد على ابيه على ما ياتي في باب النفقات (و لاتجبر الام عليها) اي على الحضانة، و في بعض النسخ عليه اي على الولد، يعني اذا طلبت فهي احق، و اذا ابت لاتجبر على الاخذ (لانها عست تعجز عن الحضانة) و به قال الشافعي(٢) و احمد و الثوري و مالك في رواية. و في رواية تجبر. و به قال ابن ابي ليلى، و الحسن بن صالح و ابوثور، و اختاره ابو الليث و الهندواني من اصحابنا. و المشهور عن مالك لاتجبر الشريفة التي لاعادة لها بارضاع الولد، و ان كانت ممن ترضع تجبر. فان لم توجد غيرها او لم ياخذ الولد ثدي غيرها اجبرت بلاخلاف و يجبر الاب على اخذ الولد بعد استغنائه عن الام لان نفقته و صيانته عليه بالاجماع (فان لم تكن له ام) اي فان لم تكن للولد ام، بان كانت غير اهل للحضانة او متزوجة بغير محرم او ميتة (فام الام اولى من ام الاب و ان بعدت) اي و ان علت عند الجمهور، و عن احمد، ام الاب اولى و هو ضعيف لان ام الام تدلي بالام، و هي مقدمة على الكل. فمادامت واحدة منهن من جانب الام قائمة فهي احق (لان هذه الولاية) اي ولاية الحضانة (تستفاد من قبل الامهات) لما مر من وفور شفقتهن، فمن كانت تدلي اليه بام، فهي اولى ممن تدلي باب و يستوى في ذلك المسلمة و الكافرة، لان الحضانة باعتبار الشفقة. و ذلك لايختلف باختلاف الدين على ما قيل كل شيء يجب ولده حتى الحباري (فان لم تكن ام الام فام الاب اولى من الاخوات) لان استحقاق الحضانة باعتبار قرابة الام قلنا هذه في نفسها كام الام و الام مقدمة على غيرها في الحضانة. و لهذا تحرز ميراثها من الثلث السدس و اصل الشفقة باعتبار الولادة، و ذلك للجدات دون الاخوات. و عن مالك الخالة مقدمة على الجدة لاب (لانها من الامهات تحرز ميراثهن السدس) اي تحرز ميراث الامهات. هذا ايضاح لكون ام الاب من الامهات، انها تحرز السدس في الميراث و هو ميراث الام. قال الاترازي فيه نظر، لان ميراث الام انما يكون هو السدس اذا كان معها ولد او ولد الابن و الاخوة ثنتان من الاخوة و الاخوات. و هنا عند عدمهم ايضا، يكون للجدة السدس، و ميراث الام عند عدمهم ثلث الجميع او ثلث ما يبقى بعد فرض احد

---

(١) عليه - ن - عليها. (٢) الشافعي رحمه الله تعالى الخ كذا في الفتح.

و لانها اوفر شفقة للولاد. فان لم تكن له جدة فالاخوات اولى من العمات و الخالات لانهن بنات الابوين، و لهذا قدمن في الميراث. و في رواية الخالة اولى من اخت الاب لقوله عليه الصلوة و السلام الخالة والدة و قيل في قوله تعالى و رفع ابويه على العرش انها كانت خالته، و تقدم الاخت لاب و ام لانها اشفق ثم الاخت من الام ثم الاخت من الاب لان الحق لهن من قبل الام ثم الخالات اولى من العمات ترجيحاً لقرابة الام و ينزلن كمانزلنا الاخوات معناه ترجيح ذات قرابتين، ثم قرابة الام

الزوجين. (و لانها) اي و لان ام الاب (اوفر شفقة للولاد) اي لاجل الولاد (فان لم تكن له جدة، فالاخوات اولى من العمات و الخالات لانهن) اي الاخوات (بنات الابوين و لهذا قدمن في الميراث(١) و في رواية) اي في رواية كتاب الطلاق (الخالة اولى من اخت الاب لقوله عليه الصلوة و السلام) اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم (الخالة والدة) هذا الحديث رواه البخاري(٢) عن البراء بن عازب في حديث طويل عن النبي صلى الله عليه وسلم الخالة بمنزلة الام. رواه ابوداود(٣) من حديث علي رضي الله تعالى عنه بلفظ الخالة ام. و روى الطبراني(٤) من حديث ابي مسعود رضي الله عنه قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الخالة والدة. و كذا رواه العقيلي من حديث ابي هريرة رضي الله تعالى عنه (و قيل في قوله تعالى و رفع ابويه على العرش(٥) انها كانت خالته و تقدم الاخت لاب و ام لانها اشفق، ثم الاخت من الام ثم الاخت من الاب) و به قال المزني و ابن سريج من الشافعية. و قال الشافعي(٦) في الاصح تقدم الاخت لاب على الاخت من الام. و به قال احمد و اعتبراه بقوة الميراث و لنا ما اشار به المصنف بقوله (لان الحق) اي حق الحضانة (لهن من قبل الام) معناه ان ذات قرابتين ترجح على ذات قرابة واحدة لما فيها من زيادة الشفقة. و عند زفر رحمه الله تعالى الاخت لاب و ام، و الاخت لام يستويان في الحضانة (ثم الخالات اولى من العمات ترجيحاً لقرابة الام) اي لاجل الترجيح لقرابة الام، لان الحضانة من قبل الامهات (و ينزلن كما نزلنا الاخوات) يعني ان الخالة لاب و ام اولى من الخالة لام اشار اليه بقوله (معناه ترجيح ذات قرابتين ثم قرابة الام) و الخالة لاب و ام ذات

---

(١) قدمن في الميراث و هذه رواية كتاب النكاح اعتباراً بقرب القرابة و الاخت اقرب لانها ولد الاب و الجدة ولد الجد. العناية. (٢) البخاري كتاب الشهادات باب كيف يكتب ص٣٧١ ج١ و باب غزوة خيبر في باب عمرة القضاء ص٦١٠ ج٢. (٣) ابوداود باب من احق بالولد ص٣١٨ ج١. (٤) الطبراني و التفصيل في نصب الراية ص٢٦٧ ج٣. (٥) على العرش - يوسف - ١٠٠. (٦) و قال الشافعي الخ كذا في تكملة شرح المهذب ==>

ثم العمات ينزلن كذلك. و كل من تزوجت من هولاء يسقط(١) حقها لما روينا، و لان زوج الام اذا كان اجنبياً يعطيه نزراً و ينظر اليه شزراً فلا نظر. قال الا الجدة الا اذا كان زوجها الجد لانه قام مقام ابيه، فينظر له. و كذلك كل زوج هو ذو رحم محرم منه

قرابتين. و الخالة لام ذات قرابة واحدة. و عند الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى تقدم الخالة من الاب على الخالة من الام (ثم العمات ينزلن كذلك) يعني ان العمة لاب و ام اولى من العمة لام، ثم العمة لام اولى من العمة لاب و بنات الاعمام و العمات و الاخوال و الخالات بمعزل عن حق الحضانة لان قرابتهن لم تتاكد بالمحرمية. كذا في المحيط و في البدائع(٢) لا حق للرجال من قبل الام في الحضانة و لايسلم اليهن الا بطلبهن بخلاف الاب عند استغناء الصغير يجبر على القبول. و في المنصوري ابن العم اولى بالذكر و الخال اولى بالانثى، و كل ذكر من قبل الام لا حق له في الولد مع العصبة الا الخال، مع ابن العم فينظر في النساء من كان من قبل الام، و في الرجل من كان من قبل الاب و يدفع الصغير الى مولى العتاقة (و كل من تزوجت من هولاء) يعني كل من تزوجت من النساء ممن كان لها حق الحضانة (سقط حقها لما روينا) و هو قوله عليه الصلوة و السلام ما لم تتزوجي(٣) و فيه خلاف الحسن البصري، قال ابن المنذر اجمع على هذا اهل العلم الا الحسن البصري، و هو رواية عن احمد، فان عندهما لايسقط حقها بالتزوج (و لان زوج الام اذا كان اجنبيا يعطيه نزراً) اي يعطي الصغير شيئاً قليلا يقال شيء نزر، اي قليل و مادته نون و زاي و راء مهملة (و ينظر اليه شزراً) اي ينظر زوج الام الاجنبي الى الصغير بمؤخر عينه يقال شزره(٤) بعينه يشزره و شزره مشزراً(٥) اذا نظر اليه بمؤخر عينه و مادته شين معجمة و زاي ثم راء، المقصود ان هذا عبارة عن قلة الشفقة على الصغير و قلة الالتفات اليه، و لهذا قال المصنف (فلا نظر) اي اذا كان حال زوج الام الاجنبي هكذا فلانظر منه على الصغير. (قال) اي القدوري (الا الجدة اذا كان زوجها الجد) هذا استثناء من قوله سقط حقها، يعني اذا كانت الجدة متزوجة بالجد لايسقط حقها، و ان كانت ذات زوج (لانه) اي لان الجد (قام مقام ابيه) لقيامه مقام ابيه (فينظر له و كذالك كل زوج هو ذو رحم محرم منه) اي من الولد، كعم الولد اذا

=> ص٣٢٧ ج١٨ و المغنى ص٣٠٨ ج٩. (١) يسقط - ن - سقط. (٢) البدائع و لفظه في كتاب الحضانة ص٤٣ ج٤ و كل ذكر من قبل النساء فلاحق له في الولد مثل الاخ لام و الخال و ابوالام لانعدام العصوبة. (٣)ما لم تتزوجي و قد سبق ذكره قريبا في اوائل الباب من حديث عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه اخرجه ابوداود. (٤) شزر الخ من باب ضرب. (٥) مشزرا من باب التفعيل كما في اللسان.

لقيام الشفقة نظرا الى القرابة القريبة. و من سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية، لان المانع قد زال فان لم تكن للصبي امراة من اهله، فاختصم فيه الرجال فاولاهم(١) اقربهم تعصيباً، لان الولاية للاقرب، و قد عرف الترتيب في موضعه، غير ان الصغيرة لاتدفع الى عصبة غير محرم، كمولى العتاقة و ابن العم تحرزاً عن الفتنة. و الام و الجدة احق بالغلام حتى ياكل وحده، و يشرب وحده، و يلبس وحده، و يستنجي وحده،

تزوج بامه لايسقط حقها (لقيام الشفقة نظرا الى القرابة القريبة) اي بالنظر الى القرابة، و هو العم، و انما ينزع الولد من يد الام اذا تزوجت بغير محرم. و اذا ارتدت او خيف على الصبي (و من سقط حقها بالتزوج يعود) اي حقها (اذا ارتفعت الزوجية لان المانع قد زال) و السبب قائم يعود الحق، و به قال الشافعي و احمد و مالك في رواية. و في رواية عن مالك لايعود و الرجعي مانع حتى تنقضي عدتها عندنا، و به قال المزني و قال غيره من الشافعية يعود بالطلاق الرجعي (فان لم تكن للصبي امراة من اهله، فاختصم فيه الرجال فاولاهم به) اي اولى الرجال بامساك الصبي (اقربهم تعصيباً) اي من حيث التعصيب اي اقرب العصبات (لان الولاية للاقرب و قد عرف الترتيب في موضعه) في باب الميراث و ولاية النكاح (غير ان الصغيرة لاتدفع الى عصبة غير محرم) هذا استثناء من قوله - فاولاهم اقربهم تعصيباً قيد بقوله الصغيرة، لان الصغير يدفع الى اقرب العصبات سواء كان محرما او غير محرم (كمولى العتاقة و ابن العم تحرزاً عن الفتنة) لانه لايؤمن عليها منها و كذلك ذو الرحم المحرم عن العصبية اذا لم يؤمن عليها منه لفسقه و خيانته لاتدفع اليه لان في الدفع ضرراً بالصغيرة و قال الصدر الشهيد و عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى اذا لم يكن عصبة للصغير يدفع الى الاخ لام، لان عنده يقوم الام ولاية. و قال في تحفة الفقهاء(٢) و ان لم يكن للجارية من عصباتها غير ابن العم. فاختيار للقاضي فان رآه اصلح، لضم اليه و الا فيضع عند امينه. و قال محمد رحمه الله تعالى لا حق للذكر من قبل النساء، و التدبير الى القاضي يدفع الى ثقة يحضنها (و الام و الجدة احق بالغلام حتى ياكل وحده و يشرب وحده و يلبس وحده و يستنجي وحده) و ذكر في نوادر ابن رشيد و يتوضأ وحده، و تكلموا في المراد من الاستنجاء من مشايخنا من قال المراد به كمال الطهارة بان يطهر وجهه

---

(١) فاولاهم - ن - فاولاهم به. (٢) تحفة الفقهاء و كذالك في البدائع للكاساني ص٤٣ ج٤ و لفظه فان لم يكن للجارية من عصباتها غير ابن العم اختار لها القاضي افضل المواضع لان الولاية في هذه الحالة اليه فيراعي الاصلح فان رآه اصلح ضمها اليه و الا فيضعها عند امراة مسلمة امينة الخ.

و في الجامع الصغير حتى يستغني فياكل وحده و يشرب وحده و يلبس وحده. و المعنى واحد لان تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء و وجهه انه اذا استغنى يحتاج الى التادب و التخلق بآداب الرجال و اخلاقهم. و الاب اقدر على التاديب و التثقيف و الخصاف رحمه الله تعالى قدر الاستغناء بسبع سنين اعتباراً للغالب. و الام و الجدة

وحده بالماء بحيث لايحتاج الى من يعينه و يعلمه. و منهم من قال المراد منه ان يطهر نفسه عن النجاسة، و ان كان لايقدر على تمام الطهارة (و في الجامع الصغير حتى يستغني فياكل وحده و يشرب وحده و يلبس وحده) و لم يذكر فيه الاستنجاء و شرطه في السير الكبير وغيره (و المعنى واحد) يعني ذكر الاستنجاء فيما مضى. و ذكر الاستغناء في رواية الجامع الصغير في المعنى واحد، و بين المصنف ذلك بقوله (لان تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء) اي القدرة على الاستنجاء ان يمكنه ان يفتح سراويله عند الاستنجاء، و يشده عند الفراغ (و وجهه) اي وجه ذكر الاستغناء (انه) اي ان الصغير (اذا استغنى يحتاج الى التادب و التخلق بآداب الرجال و اخلاقهم. و الاب اقدر على التاديب و التثقيف) اي التسوية (و الخصاف) و هو الشيخ الامام ابوبكر احمد بن عمر، و من كبار علمائنا و كان يروى عن بشر بن الوليد عن ابي يوسف القاضي، و قال صاحب الطبقات احمد بن عمر بضم العين و قيل عمرو بالفتح ابن مهير و قيل مهران الشيباني. روى عن مشايخ بخاري مثل ابي عاصم النبيل و مسدد و القعنبي وغيرهم، و له مصنفات كثيرة، و كان زاهدا ياكل من كسب يده، فلذلك سمي خصافاً لانه كان(١) ---- مات ببغداد سنة احدى و ستين و مائتين (قدر الاستغناء بسبع سنين اعتباراً للغالب) لانه اذا بلغ سبع سنين استغنى عن الحضانة غالباً، و يستنجي وحده و عليه الفتوى، كذا في الكافي وغيره. و قدره ابوبكر الرازي بتسع سنين و عند مالك الام احق بالغلام حتى يحتلم. و قيل حتى يشغر، اي حتى تبدو اسنانه. و عند الشافعي رحمه الله تعالى يخير الغلام في سبع، فان اختار احدهما و سلم اليه، ثم اختار الآخر. رد اليه، فان عاد و اختار الاول اعيد اليه. هكذا ابداً قاله في المغني(٢) و هذا لم ينقل عن احد من السلف و المعتوه لايخير و يكون عند الام (و الام و الجدة

---

(١) لانه كان-- و في الاصل بياض ههنا و في الفوائد البهية في تراجم الحنفية للشيخ عبد الحي اللكنوى رحمه الله تعالى رحمه الله تعالى ص٢٩ الخصاف بفتح الخاء المعجمة و تشديد الصاد المهملة آخره فاء يقال لمن يخصف النعل وغيره ذكره السمعاني وغيره و انما اشتهر بالخصاف لانه كان ياكل من صنعته كما ذكره الذهبي في اعلام النبلاء و قد نقلت كلامه في مقدمة الهداية (للجزئين الآخرين ص٩). (٢) المغنى ص٣٠١ ج٩ و راجع لمسئلة تخيير الولد تكملة شرح المهذب ص٣٣٧ ج١٨ و اعلاء السنن ابواب حضانة الولد ص٢٨٤ ج١١ و الاوجز =>

احق بالجارية حتى تحيض، لان بعد الاستغناء تحتاج الى معرفة آداب النساء. و المراة على ذلك اقدر، و بعد البلوغ تحتاج الى التحصين و الحفظ، و الاب فيه اقوى و اهدى. و عن محمد رحمه الله تعالى انها تدفع الى الاب اذا بلغت حدالشهوة لتحقق الحاجة الى الصيانة و من سوى الام و الجدة احق بالجارية حدا تشتهي.

احق بالجارية حتى تحيض، لان بعد الاستغناء تحتاج الى معرفة آداب النساء) من الغزل و الطبخ و غسل الثياب (و المرأة على ذلك اقدر) لانها لو دفعت الى الاب اختلطت بالرجال. فقل حياؤها و الحياء في النساء زينة (و بعد البلوغ تحتاج الى التحصين و الحفظ و الاب فيه اقوى و اهدى) لانها بعد البلوغ تحتاج الى التزويج، و الاب فيه هو الاصل. و في التحصين و الحفظ الاب اقوى، لقدرته(١) على ما لاتقدر عليه الام، و اهدى الى طريق معرفة ذلك لانه يصير عرضة للفتنة، و طعمة للرجال و النساء يخدع عنها (و عن محمد رحمه الله تعالى)(٢) رواها هشام عنه (انها تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة الى الصيانة) و الاب اقدر على هذا و في غياث المفتي الاعتماد على رواية هشام لفساد الزمان و اذا بلغت احدى عشرة سنة، فقد بلغت حد الشهوة في قولهم و عند الشافعي(٣) رحمه الله تعالى اذا اختار الغلام امه، يكون عندها بالليل، و عند الاب بالنهار، و البنت ايهما اختارت تكون عنده ليلا و نهاراً (و من سوى الام و الجدة احق بالجارية حتى تبلغ حداً تشتهى) تكلموا(٤) في حد المشتهاة ليبنى عليه ثبوت حرمة المصاهرة، و كون الاب اولى. و قالوا اذا كانت بنت خمس سنين و ما دونه، لم تكن مشتهاة. و اذا كانت بنت ست سنين الى ثمان سنين، ينظر ان كانت علبة ضخمة، كانت مشتهاة و الا فلا. و قال الفقيه ابوالليث في ايمان الفتاوى الغالب، انها لاتشتهى ما لم تبلغ تسع سنين، قال شمس

=> ص٣٨٥ ج٥. (١) لقدرته الخ و لان للرجال من الغيرة ما ليس بالنساء فيتمكن الاب من حفظها على وجه لايتمكن الام من ذالك. العناية. (٢) و عن محمد رحمه الله تعالى الخ و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى مثله الفتح. (٣) و عند الشافعي رحمه الله تعالى الخ و في المغنى ان الغلام اذا بلغ سبعا خير بين ابويه اذا تنازعا فيه فمن اختاره منهما فهو اولى به و هو مذهب الشافعي و قال مالك و ابوحنيفة لايخير لكن قال ابوحنيفة اذا استقل بنفسه فاكل بنفسه و لبس بنفسه و استنجى بنفسه فالاب احق به و مالك يقول الام احق به حتى يثغر الخ و في تكملة شرح المهذب و ان افترق الزوجان و لهما ولد له سبع سنين او ثمان سنين و هو مميز و تنازعا كفالته خير بينهما و ان اختار احدهما نظرت فان كان ابنا فاختار الام كان عندها بالليل و ياخذه الاب بالنهار و يسلمه في مكتب او صنعة و ان اختار الاب كان عنده بالليل و النهار و لايمنعه من زيارة امه و ان كانت جارية فاختارت احدهما كانت عنده بالليل و النهار و لايمنع الآخر من زيارتها الخ مختصرا. (٤) تكلموا الخ كذا في فتح القدير.

و في الجامع الصغير حتى تستغني لانها لاتقدر على استخدامها و لهذا لاتؤاجرها للخدمة فلايحصل المقصود بخلاف الام و الجدة لقدرتهما عليه شرعاً قال و الامة اذا اعتقها مولاها و ام الولد اذا اعتقت كالحرة في حق الولد، لانهما حرتان اوان ثبوت الحق و ليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى و الذمية احق بولدها المسلم، مالم يعقل الاديان او يخاف ان يالف الكفر

الائمة السرخسي و به ناخذ (و في الجامع الصغير حتى تستغني) ذكر اولا رواية القدوري ان الصغيرة تترك عند من سوى الاب و الجدة الى ان تشتهي. ثم ذكر رواية الجامع الصغير الى ان تستغني و استغناؤها ان تاكل وحدها و تلبس وحدها فاذا بلغت الى ان تشتهي و استغنت تدفع الى الاب (لانهما) اي لان من سوى الام و الجدة مثل الاخوات و نحوها(١) (لاتقدر على استخدامها) اي على استخدام الصغيرة التي استغنت. و ان كانت تحتاج الى تعلم آداب النساء (و لهذا) اي و لاجل عدم قدرة من سوى الام و الجدة على استخدامها (لاتؤاجرها) اي الصغيرة (للخدمة) اي لاجل خدمة من كان يريد استخدامها (فلايحصل المقصود) و هو التعليم. (بخلاف الام و الجدة لقدرتهما عليه) اى على الاستخدام (شرعاً) اي من حيث الشرع بدليل الاجارة. (قال) اي القدوري (و الامة اذا اعتقها مولاها، و ام الولد اذا اعتقت كالحرة في حق الولد) و ذلك بان زوجهما مولاهما، ثم ولدتا، ثم عتقتا، فكانتا احق بالولد من مولاهما لان الخصومة هنا انما تكون مع المولى، لان الزوج لا حق له في الولد اذ الولد يتبع الام في الملك و مالك المملوك احق به من غيره، كذا في الكافي، و اختلف المالكية في ام الولد اذا اعتقت مع اتفاقهم على ثبوت الام ذكره في الجواهر (لانهما) اي الامة و ام الولد اللتين اعتقتا (حرتان) فكانتا احق بالولد منْ مولاهما (اوان ثبوت الحق) اي وقت ثبوت الحق (و ليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى) و به قال عطاء و الثوري و الشافعي و احمد رحمهم الله تعالى و عند مالك رحمه الله تعالى تثبت الحضانة للرقيق (و الذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان) فان عقل الاديان يؤخذ منها، و يدفع الى الاب، و به قال مالك في المشهور و ابوالقاسم و ابو ثور رحمهم الله تعالى و تمنع ان تغذيه بالخمر و لحم الخنزير و ان خيف ضم الى ناس من المسلمين. و قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى لاحضانة لها و هي رواية عن مالك (او يخاف ان يالف الكفر) اي بان يالف الكفر، فان مصدرية، اي يخاف الفه الكفر. و

---

(١) و نحوها كالخالات و العمات العناية.

للنظر قبل ذلك، و احتمال الضرر بعده، و لا خيار للغلام و الجارية. و قال الشافعي رحمه الله تعالى لهما الخيار لان النبي عليه الصلوة و السلام خير.

اما قوله او يخاف، فيجوز فيه ثلاثة اوجه(١) الاول النصب على تقدير، الى ان يخاف. كما في قوله لالزمنك او تعطيني حقي، اي الى ان تعطيني. الثانية الرفع على انه استئناف اي هو يخاف، الثالثة الجزم عطفاً على قوله ما لم يعقل فيقرأ او يخف (للنظر قبل ذلك) اي الذمية احق بولدها المسلم لاجل النظر في حق الصغير، قبل ان يعقل الاديان، و قبل ان يخاف عليه من فتنة الكفر (و احتمال الضرر بعده) اي و لاجل احتمال حصول الضرر بعده، لانه بانتقاش احوال الكفر في ذهنه بعد ان يعقل الاديان (و لا خيار للغلام و الجارية) يعني بين الابوين بان يكون الولد عند الام ما لم تزوج بزوج آخر الى المدة التي ذكرناها و به قال مالك رحمه الله تعالى (و قال الشافعي رحمه الله تعالى لهما الخيار) اذا بلغا سن التمييز و يسلم الى من اختاره و به قال احمد رحمه الله تعالى (لان النبي صلى الله عليه وسلم خير) روى اصحاب السنن الاربعة(٢) عن هلال بن اسامة عن ابي ميمونة سليم، و يقال سليمان مولى من اهل المدنية، رجل صدق. قال بينا انا جالس مع ابي هريرة رضي الله تعالى عنه جاءته امراة فارسية معها ابن لها فادعياه و قد طلقها زوجها. فقالت يا ابا هريرة، و رطنت بالفارسية، زوجي يريد ان يذهب بابني. فقال ابوهريرة استهما عليه و رطن لها بذلك فجاءه زوجها و قال من يحاقني في ولدي، فقال ابوهريرة اللهم اني لا اقول هذا الا اني سمعت امراة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم و انا قاعد عنده، فقالت يارسول الله ان زوجي يريد ان يذهب بابني و قد سقاني من بئر ابي عنبة و قد نفعني. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم استهما عليه. فقال زوجها من يحاقني في ولدي. فقال النبي صلى الله عليه وسلم هذا ابوك و هذه امك فخذ بيد ايهما شئت، فاخذ بيد امه، فانطلقت به. وجه الاستدلال، هو انه صلى الله عليه وسلم خيره بقوله هذا ابوك و هذه امك فخذ بيد ايهما شئت قوله رطنت(٣) من الرطانة بفتح الراء و كسرها و هي كلام لايفهمه الجمهور وانما هو مواضعة بين اثنين او ثلاثة، و العرب تخص بها غالباً كلام العجم قوله من بئر ابي عنبة، بكسر العين المهملة و فتح النون و بالباء الموحدة و هي بئر معروف بالمدينة. عندها عرض رسول الله صلى الله عليه

---

(١) ثلاثة اوجه الخ كذا في الفتح. (٢) السنن الاربعة الخ ابوداود باب من احق بالولد ص٣١٧ ج١ و الترمذي ابواب الاحكام باب ما جاء في تخيير الغلام بين ابويه ص١٦٢ج١ و النسائي في الطلاق باب اسلام احدالزوجين و تخيير الولد ص١١٢ ج٢ و ابن ماجة ابواب الاحكام باب تخيير الصبي بين ابوية ص١٧١ و التفصيل في نصب الراية ص٢٦٨ ج٣ و فتح القدير ص١٨٩ ج٤. (٣) رطنت (باب نصر) من الرطانة الخ كذا في لسان العرب.

و لنا انه لقصور عقله يختار من عنده الدعة لتخليته بينه و بين اللعب، فلايتحقق النظر. و قد صح ان الصحابة رضي الله تعالى عنهم لم يخيروا.

وسلم اصحابه لما سار الي بدر. قوله يحاقني(١) بالحاء المهملة و بالقاف. اى من ينازعني و استدل الشافعي رحمه الله تعالى ايضا بحديث رفع بن سنان رضي الله تعالى عنه و هو الذي ذكره المصنف. و اجاب عنه على ما ياتي. اخرجه ابوداود(٢) و النسائى عن عبدالحميد بن جعفر عن ابيه عن جده رافع بن سنان رضي الله تعالى عنه انه اسلم و ابت امراته ان تسلم، فجاءت بابن لهما صغير لم يبلغ، فاجلس النبي صلى الله عليه وسلم الاب ههنا و الام ههنا ثم خيره و قال اللهم اهده، فذهب الى امه. و لفظ ابي داود اسلم و ابت امراته ان تسلم فاتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتي و هي فطيم و قال رافع ابنتي فاقعد النبي صلى الله عليه وسلم الام ناحية و الاب ناحية و اقعد الصبية بينهما و قال لهما ادعواها فمالت الصبية الى امها، فقال عليه الصلوة و السلام اللهم اهدها فمالت الى ابيها، فاخذها و اخرجه احمد في مسنده و لفظه في ولد صغير (و لنا انه) اي ان الصغير (لقصور عقله يختار من عنده الدعة) بفتح الدال و العين المهملة اي الراحة و الخفض و الهاء فيه عوض عن الواو لانه من ودع الرجل بالواو و ضم الدال، فهو وديع اي ساكن و هو من باب فعل يفعل بضم العين فيهما كحسن يحسن (لتخليته بينه و بين اللعب) اي بسبب تخلية من عنده الدعة بين الصبي و بين اللعب (فلا يتحقق النظر) و عدم تحقق النظر على الصبي اذا اشتغل باللعب ظاهر (و قد صح ان الصحابة رضي الله تعالى عنهم لم يخيروا) لم يتعرض اليه احد من الشراح. و قد روى مالك(٣) و البيهقي عن ابي بكر رضي الله تعالى عنه انه دفع الغلام لامه لما اختصم فيه عمر رضي الله تعالى عنه و امه، قال فيه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لاتوله(٤) والدة عن ولدها، اي لايفرق بينهما، و

---

(١) يحاقني بضم خرف المضارعة و تشديد القاف اي من يخاصمني في حقي بذل المجهول ص١٦ ج١١. (٢) ابوداود كتاب الطلاق باب اذا اسلم احد الابوين ص٣١٢ ج١ و النسائى اسلام احد الزوجين و تخيير الولد ص١١١ ج٢ و التفصيل في نصب الراية ص٢٦٩ ج٣. (٣) مالك الخ و في نصب الراية ص٢٦٩ ج٣ قلت تقدم قريبا (ص٢٦٦ ج٣) لمالك و البيهقي عن ابي بكر انه دفع الغلام لامه لما اختصم فيه عمر و امه و قال فيه سمعت رسول الله صلي الله عليه وسلم يقول لاتوله و الدة عن ولدها. (٤) لاتوله الخ و في لسان العرب الوله بفتح اللام الحزن و قيل هو ذهاب العقل و التحير من شدة الوجد او الحزن او الخوف و الوله بفتح اللام ذهاب العقل لفقدان الحبيب وله يله (باب حسب) يوله (باب سمع) وله يله (باب ضرب) و في الحديث لاتوله والدة على ولده اي لاتجعل والها و قيل في تفسير الحديث لايفرق بينهما في البيع و كل انثى فارقت ولدها فهي واله.

و اما الحديث فقلنا قد قال عليه الصلوة و السلام اللهم اهده فوفق لاختياره الانظر بدعائه عليه السلام او يحمل على ما اذا كان بالغاً

كل انثى فارقت ولدها فهي والهة و قد ولهت تله ولهاً فهي والهة و واله و الوله ذهاب العقل و التحير من شدة الوجد و المصنف احتج بهذا، و مع هذا اورد ما يخالف هذا. روى عبدالرزاق(١) في مصنفه، اخبرنا ابن جريج ان عبدالله بن عبدالله يقول اختصم اب و ام في ابن لهما الى عمر رضي الله تعالى عنه فخيره، فاختار امه، فانطلقت به و روى ابن حبان عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنه انه خير غلاماً بين ابيه و امه (و اما الحديث) اشار به الى الحديث الذي استدل به الشافعي رحمه الله تعالى و هو قوله لان النبي صلى الله عليه وسلم خيره و اشار به الى الجواب عنه فقال (فقلنا(٢) قد قال عليه الصلوة و السلام اللهم اهده فوفق لاختياره الانظر بدعائه) هذا جواب عما استدل به الشافعي رحمه الله تعالى في حديث التخيير بيانه، انه لو كان للتخير اعتبار، لم يقل النبي صلى الله عليه وسلم اللهم اهده فوفق لاختياره الانظر في حقه ببركة دعائه عليه الصلوة و السلام و لم يوجد ذلك فيما نحن فيه (او يحمل على ما اذا كان بالغا) هذا جواب ثان عن حديث الشافعي و لكن ليس بموجه و لا يرضى الخصم لانه صرح فيه فجاء بابن لهما صغير لم يبلغ و هو في حديث رافع بن سنان الذي مضى عن قريب. و في رواية اخرجها ابوداود عن رافع بن سنان و لفظه انه اسلم و ابت امراته فاتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتي و هي فطيم و قال رافع ابنتي. و اقعد النبي صلى الله عليه وسلم الام ناحية و الاب ناحية، فاقعد الصبية بينهما و قال لهما ادعواها، فمالت الصبية الى امها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم اللهم اهدها، فمالت الى ابيها و اخذها و انتهى، و هذا ايضاح صرح فيه بالصبية و انها فطيم فكيف يكون الولد بالغا و المعنى ان اصحابنا قصروا في هذا الباب حيث يستدل الخصم بالاحاديث الصحيحة، و هم يستدلون بالدليل العقلي و اجابوا عن حديث ابي هريرة رضي الله تعالى عنه باربعة اجوبة، الاول انه عليه الصلوة و السلام امر بالاستهام و هو متروك بالاجماع، و الثاني لم يذكر فيه الطلاق و قولها ان زوجي دليل على قيام النكاح، و الثالث ليس فيه سبع سنين، و الخصم يشترط التخير في سبع سنين، و الرابع ان بئر ابي عنبة كانت بالمدينة، و لايمكن

---

(١) عبدالرزاق في مصنفه باب اي الابوين احق بالولد ص١٥٦ ج٧ حديث ١٢٦٠٥. (٢) فقلنا الخ و في اعلاء السنن ص٢٨٥ ج١١ و ذكر الطحاوي في مشكل الآثار هذا الحديث من وجوه عديدة و فيه انه عليه الصلوة و السلام قال لهما هل لكما ان تخيرا؟ فقالا نعم ففيه ان التخيير كان باختيارهما و نحوه في الجوهر النقي.

فصل

و اذا ارادت المطلقة ان تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك لما فيه من الاضرار بالاب، الا ان تخرج به الى وطنها. و قد كان الزوج تزوجها فيه، لانه التزم المقام فيه عرفاً و شرعاً. قال عليه الصلوة و السلام من تاهل ببلدة فهو منهم،

للصغير ان يسقى منها، و لايخلو الكل عن تامل، و اعلم(١) ان الابن اذا بلغ يخير بين ابويه. فان اراد ان ينفرد فله ذلك، الا اذا كان فاسقاً يمضي عليه شيء، فحينئذ يضمه الاب الى نفسه، لانه اقدر على صيانته، اما الجارية فان كانت بكراً يضمها الى نفسه سواء كانت مامونة او غير مامونة. فان كانت ثيباً مامونة ليس لها ان يجبرها حتى تكون معه لزوال ولاية عنها كذا في نسخ الفتاوى وغيرها قاله الاترازي. و في الكافي اختلعت على ان تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز و الشرط باطل.

(فصل)

اي هذا فصل في بيان حكم من يريد اخراج الصغيرة الى القرى، و بين ذلك بقوله في فصل على حدة (و اذا أرادت المطلقة ان تخرج(٢) بولدها من المصر فليس لها ذلك) هذا بعد انقضاء عدتها، فانه صرح به في جامع قاضي خان وغيره (لما فيه من الاضرار بالاب) اي في الخروج بالولد لانقطاع ولده عنه (الا ان تخرج به) بولدها من المصر (الى وطنها) هذا استثناء من قوله فليس لها ذلك (و قد كان الزوج) اي و الحال ان الزوج (قد تزوجها فيه) اي في وطنها (لانه التزم المقام فيه عرفا و شرعاً) اما العرف فلان الزوج يقيم في البلد الذي يتزوج فيه عادة، الا انه يلزمها متابعة الزوج اذا اعطاها جميع المهر رضيت بذلك او لم ترض. فبعد زوال الزوجية يعود الامر الاول و اما شرعاً، فلان العقد متى وجد في مكان العقد. و الاولاد من ثمرات عقد النكاح، فيجب امساكها في موضع العقد، بخلاف ما اذا اراد النقل الى مصر ليس هو مصرها، و لم يكن ثمة اصل النكاح، ليس لها ان تنقل الاولاد و كذا اذا ارادت الانتقال بالاولاد الى مصرها لكن لم يكن ثمة اصل النكاح لعدم دليل العرف و الشرع (قال عليه الصلوة و السلام) اي قال النبي صلى الله عليه وسلم (من تاهل ببلدة فهو منهم) لم يتعرض احد من الشراح لهذا الحديث، و لا

---

(١) و اعلم الخ كذا في الفتح ص١٩٠ ج٤. (٢) ان تخرج الخ فذالك على اربعة اقسام اما ان تخرج الى وطنها و قد وقع العقد فيه و اما ان تخرج الى ما ليس وطنها و لم يقع العقد فيه و اما ان تخرج الى وطنها و لم يقع العقد فيه و اما ان تخرج الى غير وطنها و قد وقع العقد فيه فهي الاقسام العقلية فان اتفق امران جميعا بان تخرج الى وطنها و قد وقع العقد فيه جاز و الا فلا كما ذكر في الكتاب العناية.

و لهذا يصير الحربي به ذميا و ان ارادت الخروج الى مصر غير وطنها و قد كان التزوج فيه

بمجرد ذكره. و روى هذا الحديث ابن ابي شيبة(١) في مصنفه، حدثنا المعلى بن منصور عن عكرمة بن ابراهيم الازدي عن عبدالله بن عبدالرحمن بن الحارث بن ابي ذئاب عن ابيه ان عثمان رضي الله تعالى عنه صلى بمنى اربعاً ثم قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من تاهل في بلدة فهو من اهلها يصلي بصلاة المقيم و اني تاهلت منذ قدمت مكة. و رواه ابويعلى الموصلي في مسنده كذلك، و لفظه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اذا تزوج الرجل من بلدة فهو من اهلها، و انما اتممت لاني تزوجت بها منذ قدمتها. و رواه احمد في مسنده و لفظه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من تاهل في بلد فليصل صلوة المقيم و استدل به المصنف لقوله لانه التزم المقام فيه شرعاً، حاصله ان الرجل اذا تزوج امراة في بلد هو وطن المراة يكون من اهل ذلك البلد (و لهذا يصير الحربي به) اي بالتزوج. قاله الاترازي و الاكمل (ذميا) و قال تاج الشريعة الضمير يرجع الى التزام المقام. و بيانه لما استدل بقوله التزم المقام عرفاً و شرعاً، فلقائل ان يقول هب انه التزم المقام، فلماذا يصير مقيماً، فيجاب عنه بانه لالتزام المقام اثر. و لهذا يصير الحربي ذمياً. قيل هذا خلاف المفهوم من كلامه. و قال صاحب النهاية(٢) هذا وقع غلطاً، اي قوله و لهذا يصير الحربي به ذمياً فانه ذكر في غير هذا الكتاب ان المستامن اذا تزوج ذمية لايصير ذمياً، لانه يمكنه ان يطلقها و يرجع. و قد وجدت بخط شيخي ليس في النسخة التي قوبلت بنسخة المصنف هذه الجملة. و قال الاترازي و نقل عن الامام حافظ الدين الكبير، ان هذه الجملة ليست في النسخة التي قوبلت مع نسخة المصنف، فعلى هذا يكون السهو من الكاتب، لانه قال في السير الكبير بعد كتاب الحدود بارض الحرب بباب، و اذا دخلت المراة من اهل الحرب دار الاسلام بامان و هي كتابية، فتزوجها ذمي او مسلم فقد صارت ذمية لان لزوجها ان يمنعها عن العود الى دار الحرب، فكان الاقدام على النكاح مع علمها ان لزوجها ان يمنعها عن العود الى دار الحرب رضي منها بالمقام في دار السلام و ا ما الحربي اذا تزوج ذمية، لايصير ذميا لان المراة ليس لها ان تمنع زوجها من دار الحرب انتهى. و غير بعضهم لفظ الحربي بلفظ الحربية حتى ترد السؤال و قال بعضهم لاحاجة الى تغيير اللفظ، لجواز ان تكون الحربي صفة لشخص اي الشخص الحربي ذكراً كان او انثى قلت هذا بعيد جداً (و ان ارادت الخروج الى مصر غير وطنها) صفة المصر (و قد كان التزوج فيه) اي و الحال ان تزوج الزوج فيه اي في مصر غير

(١) ابن ابي شيبة ص...... و احمد في مسنده ص٠ ١٠ ج١ حديث ٤٤٥ و التفصيل في نصب الراية ص٢٧١ ج٣ و نبذ منه في الفتح ص١٩١ ج٤. (٢) النهاية الخ كذا في العناية و نبذ منه في الفتح و الكفاية.

اشار في الكتاب الى انه ليس لها ذلك. و هذه رواية كتاب الطلاق. و ذكر في الجامع الصغير ان لها ذلك، لان العقد متى وجد في مكان يوجب احكامه فيه كما يوجب البيع التسليم في مكانه و من جملة ذلك حق امساك الاولاد وجه الاول ان التزوج في دار الغربة ليس التزاماً للمكث فيه عرفاً. و هذا اصح، و الحاصل انه لابد من الامرين جميعاً، الوطن و وجود النكاح، و هذا كله اذا كان بين المصرين تفاوت. و اما اذا تقاربا بحيث يمكن للوالد ان يطالع ولده و يبيت في بيته فلاباس به. و كذا الجواب في القريتين و لو انتقلت من قرية المصر الى المصر لاباس به لان فيه نظرا للصغير حيث يتخلق باخلاق اهل المصر، و ليس فيه ضرر بالاب و في عكسه ضرر بالصغير، لتخلقه باخلاق اهل السواد فليس لها ذلك.

وطنها (اشار في الكتاب) اي القدوري و قيل المراد به المبسوط (الى انه ليس لها ذلك، و هذه رواية كتاب الطلاق) من الاصل (و ذكر) اي محمد رحمه الله تعالى (في الجامع الصغير ان لها ذلك لان العقد متى وجد في مكان يوجب احكامه فيه) اي في ذلك المكان (كما يوجب البيع التسليم في مكانه) اي تسليم المعقود عليه في موضع العقد (و من جملة ذلك حق امساك الاولاد) لان الاولاد من ثمرات النكاح فيوجب امساكها في موضع العقد (وجه الاول) اراد به قوله ليس لها ذلك و هو رواية كتاب الطلاق (ان التزوج في دار الغربة ليس التزاماً للمكث فيه عرفاً) اي من حيث العرف اراد بان العرف لم يجر بان يكون للتزوج في دار الغربة التزاما للاقامة (و هذا اصح) اي الوجه الاول هو الاصح (و الحاصل انه لابد من الامرين جميعاً الوطن و وجود النكاح) اي لانتقال الام بالاولاد الصغار و لابد من وجود امر آخر و هو ان لاتريد الانتقال الى دار الحرب، فانه ذكر في شرح كتاب الطحاوي، و لو ارادت الانتقال الى دار الحرب، و ان كان اصل النكاح وقع هناك و هي حربية بعد ان يكون زوجها مسلما او ذمياً، ليس لها ذلك، و لو كان كلاهما حربيين فلها ذلك (و هذا كله) اي هذا الذي ذكرناه كله (اذا كان بين المصرين تفاوت) اراد به البعد بحيث لايمكن الاب رجوعه الى بيته في يوم مطالعة اولاده (اما اذا تقاربا) اي المصران (بحيث يمكن للوالد ان يطالع ولده و يبيت في بيته فلاباس به و كذا الجواب في القريتين) يعني اذا كانت قريتان بحيث يمكن الاب مطالعة الاولاد في يومه فلها ذلك و الا فلا (و لو انتقلت من قرية المصر الى المصر لاباس به لان فيه نظرا للصغير، حيث يتخلق باخلاق المصر، و ليس فيه ضرر بالاب و في عكسه) و هو الانتقال من المصر الى القرية (ضرر بالصغير لتخلقه باخلاق اهل السواد فليس لها ذلك) اي ليس لها ان تنقل الصغار من المصر الى القرية،

الا اذا وقع العقد فيها فحينئذ لها ذلك. ذكره في شرح الطحاوي و في فتاوى البقالي ليس لها ذلك بحال وقع العقد هناك اولا فروع(١) لو جاءت بصبي و قالت هذا ابن بنتي و قد ماتت، فاعطني نفقته فقال انها لم تمت و هي في منزلي، و اراد اخذه منها، لم يكن له ذلك حتى يعلم القاضي امه فيجيء بها، فتاخذه منها. و ان جاء بامراة و قال هذه بنتك و هي امه، و قالت ابنتي ماتت فالقول للزوج، لان الفراش لهما، قال الاب هو ابن ست سنين، و قالت ابن سبع ان كان ياكل وحده و يلبس وحده دفع اليه و الا فلا و لو ادعى التزوج عليها باخرى و انكرت، فالقول لها. و لو قالت طلقني و عاد حقي ان لم تعين الزوج فالقول لها و ان عينت لايقبل قولها في الطلاق. و ان كان معسرا فقالت العمة انا اولى بغير اجر، و الام طلبت اجرة فالعمة اولى و هو الصحيح.

(١) فروع - يوضحها ما في الفتاوى الهندية ص٥٤٣ ج١ و فيه لو ان امرأة جاءت بالصبي تطلب النفقة من ابيه فقالت هذا ابن بنتي منك و قد ماتت امه فاعطني نفقته فقال الاب صدقت هذا ابني من ابنتك فاما امه فلم تمت و هي في منزلي و اراد اخذ الصبي منها لم يكن له ذالك حتى يعلم القاضي امه و تحضر هي فتاخذه فان احضر الاب امراة فقال هذه ابنتك و هذا ابني منها و قالت الجدة ما هذه ابنتي و قد ماتت ابنتي ام هذا الصبي فالقول في هذا قول الرجل و المراة معه و يدفع الصبي اليه و كذلك الجدة لو حضرت و قالت هذا ابن ابنتي من هذا الرجل و قد ماتت امه و قال هذا ابني من غير ابنتك من امراة لي فالقول قوله و ياخذ الصبي منها و لو احضر الاب امراة و قال هذا ابني من هذه لا من ابنتك و قالت الجدة ما هذه امه بل امه ابنتي و قالت التي احضرها الرجل صدقت ما أنا بامه و قد كذب الرجل و لكني امراته فان الاب اولى به و ياخذه كذا في الظهيرية. انتهى.

باب النفقة

قال النفقة واجبة للزوجة على زوجها، مسلمة كانت او كافرة. اذا اسلمت(١) نفسها الى منزله فعليه نفقتها و كسوتها و سكناها و الاصل في ذلك قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته

(باب النفقة)

اي هذا باب في بيان احكام النفقة، و هي اسم بمعنى الانفاق(٢) و هي عبارة عن الادرار على الشيء بما به بقاؤه. و النفقة تجب باسباب منها الزوجية، و منها النسب و منها الملك، و الكل يجيء بيانه على الترتيب مشتملاً على ذكر فصول على ما يجيء ان شاء الله تعالى (قال) اي القدوري (النفقة واجبة للزوجة على زوجها) سواء كانت المراة (مسلمة او كافرة. اذا اسلمت نفسها في منزله فعليه نفقتها و كسوتها و سكناها) اي في منزل الزوج. قال الاقطع(٣) في شرحه، تسليمها نفسها شرط في وجوب النفقة و لا خلاف في ذلك. قال في النهاية(٤) هذا الشرط ليس بلازم في ظاهر الرواية، فانه ذكر في المبسوط و في ظاهر الرواية بعد صحة العقد، النفقة واجبة لها و ان لم تنتقل الى بيت الزوج. الا ترى ان الزوج لو لم يطلب انتقالها الى بيته جاز لها ان تطالبه بالنفقة. و قال في الايضاح، و هذا لان النفقة حق المراة، و الانتقال حق الزوج. فاذا لم يطالبها بالنقلة فقد ترك حقه و هذا لايوجب بطلان حقها و قال في النهاية و قال بعض المتاخرين(٥) من ائمة بلخ لاتستحق النفقة اذا لم تزف الى بيت زوجها. و الفتوى على جواب الكتاب، و هو وجوب النفقة و ان لم تزف فان كان الزوج قد طالبها بالنقلة فان لم تمتنع من الانتقال الى بيت زوجها فلها النفقة ايضا و اما اذا كان الامتناع بحق، بان امتنعت لتستوفي مهرها، فلها النفقة ايضاً، و ان كان الامتناع بغير حق، بان كان اوفاها المهر، او كان المهر مؤجلا او وهبته منه، فلانفقة لها فكل من كان محبوساً لغيره بحق مقصود، كانت نفقته عليه (و الاصل في ذلك) اي في وجوب النفقة (قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته)(٦) امر بالانفاق، و الامر

---

(١) اسلمت - ن - سلمت. (٢) بمعنى الانفاق الخ كذا في العناية و في فتح القدير النفقة مشتقة من النفوق و هو الهلاك نفقت الدابة نفوقا هلكت او من النفاق و هو الرواج نفقت السلعة نفاقا راجت و ذكر الزمخشري (تحت قوله و مما رزقناهم ينفقون ص٤١ ج١) ان كل ما فاؤه نون و عينه فاء يدل على معنى الخروج و الذهاب مثل نفق و نفر و نفخ و نفس و نفى و نفد الخ. (٣) قال الاقطع الخ و في فتح القدير ص١٩٤ ج٤ و قول الاقطع الشيخ ابي نصر في شرحه ان تسليمها نفسها شرط بالاجماع منظور فيه. (٤) قال في النهاية الخ كذا في العناية. (٥) بعض المتاخرين الخ كذا في الكفاية. (٦) من سعته - الطلاق - ٧.

و قوله تعالى و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف و قوله عليه الصلوة و السلام في حديث حجة الوداع ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف و لان النفقة جزاء الاحتباس و كل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره، كانت نفقته عليه اصله القاضي و العامل في الصدقات، و هذه الدلائل لا فصل فيها، فتستوي فيها المسلمة، و الكافرة

للوجوب و السعة القدرة (و قوله تعالى و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف)(١) المولود له هو الاب و رزقهن اي الامهات بالمعروف اي بالوسط. و قال الزجاج في تفسيره مما تعرفون انه العدل على قدر الامكان و كلمة على للايجاب (و قوله عليه الصلوة و السلام) اي قول النبي صلي الله عليه وسلم (في حديث حجة الوداع و لهن عليكم رزقهن و كسوتهن بالمعروف) هذا الحديث رواه مسلم(٢) عن جابر بن عبدالله رضي الله تعالى عنه و هو حديث طويل جداً، و فيه فاتقوا الله في النساء فانكم اخذتموهن بامان الله، و استحللتم فروجهن بكلمة الله، و لكم عليهن ان لايوطئن فرشكم احدا تكرهونه، فان فعلن ذلك فاضربوهن ضرباً غير مبرح. و لهن عليكم رزقهن و كسوتهن بالمعروف، الحديث اخرجه مسلم في باب حجة الوداع (و لان النفقة جزاء الاحتباس) اي احتباس المراة عند الرجل (فكل من كان محبوساً بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه) لايقال يرد على هذا نفقة الرهن، فانها على الراهن مع انه محبوس بحق المرتهن، لانا نقول سلمنا انه محبوس عند المرتهن و لكن لانسلم انه محبوس بحق هو مقصود للمرتهن فحسب فانه كما يحصل مقصود المرتهن يحصل مقصود الراهن ايضا. الا ترى انه اذا هلك هلك الدين الذي على الراهن مضموناً باقل من قيمته، و من الدين للمرتهن لكن على هذا كان ينبغي ان تجب النفقة عليهما جميعاً، الا ان النفقة لما كانت لبقية الرهن و هو على مالك الرهن، وجبت عليه خاصة كالوديعة يجب نفقتها على صاحب المال (و اصله) اي اصل من كان محبوسا لمنفعة ترجع الى غيره (القاضي و العامل في الصدقات) لانهما حبسا انفسهما لمصالح المسلمين فيجب كفايتهما و كذلك المفتي و المتولي و الوصي و المضارب اذا سافر بمال المضاربة و المقاتلة اذا قاموا بكفاية المسلمين في دفع عدوهم يجب كفايتهم (و هذه الدلائل) اشار به الى ما ذكره من الكتاب و السنة، و قال الاترازي اي الآيات الدالة على وجود النفقة و الدليل العقلي. (لا فصل فيها) اي لا فرق فيها بل مطلقة (فتستوى فيها المسلمة و الكافرة) و الغنية و الفقيرة.

---

(١) بالمعروف - البقرة - ٢٣٣. (٢) مسلم - باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم ص٣٩٧ ج١ و قد تقدم بيانه في كتاب الحج.

و يعتبر في ذلك حالهما جميعاً، قال العبد الضعيف و هذا اختيار الخصاف رحمه الله تعالى و عليه الفتوى. و تفسيره انهما اذا كانا موسرين تجب نفقة اليسار. و ان كانا معسرين فنفقة الاعسار. و ان كانت معسرة و الزوج موسراً، فنفقتها دون نفقة الموسرات و فوق نفقة المعسرات. و قال الكرخي رحمه الله تعالى يعتبر حال الزوج، و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته

و الموطوءة و غير الموطوءة و المنتقلة الى بيت زوجها و غير المنتقلة (و يعتبر في ذلك حالهما جميعاً) اي حال الزوجين و هذا لفظ القدوري رحمه الله تعالى (قال العبد الضعيف) اي المصنف رحمه الله تعالى (و هذا اختيار الخصاف و عليه الفتوى) اي على اختيار الخصاف الفتوى. و ظاهر الرواية عن اصحابنا اعتبار حال الرجل في اليسار و الاعسار دون حال المراة. و به صرح محمد في الاصل و الحاكم في الكافي و صاحب الشامل في قسم المبسوط، و الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي، و اليه ذهب الكرخي و كثير من مشايخنا المتاخرين، كصاحب التحفة و صاحب النافع وغيرهم و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى (و تفسيره) اي تفسير قول الخصاف (انهما) اي ان الزوجين (اذا كانا موسرين تجب نفقة اليسار، و ان كانا معسرين فنفقة الاعسار) اي تجب نفقة الاعسار (و ان كانت المراة معسرة و الزوج موسراً) اي و كان الزوج موسرا (فنفقتها دون نفقة الموسرات و فوق نفقة المعسرات) و في الذخيرة بيانه، اذا كان الزوج موسراً مفرط اليسار نحو ان ياكل الحلوى و اللحم المشوي و الباجات، و المراة فقيرة كانت تاكل في بيتها خبز الشعير، لايؤخذ الزوج بان يطعمها ما ياكل بنفقته، و لا ما كانت المراة تاكل في بيتها، و لكن يطعمها فيما بين ذلك، و يطعمها خبز البر، و باجة و باجتين. فهذا معنى اعتبار حالهما، و اما اذا كان الزوج معسراً و المراة موسرة، لم يذكر المصنف هذا القسم. قال الاترازي لا ادرى كيف ذهل عنه، و لابد من ذكره فقال الخصاف في كتاب يفرض له نفقة صالحة، يعني وسطاً فيقال له تكلف الى ان تطعمها خبز البر و باجة و باجتين، كيلا يلحقها الضرر. و قال الاترازي هذا التكليف تكليف ما ليس في الوسع فلايجوز قال الامام السرخسي لم يذكر صاحب الكتاب انه يؤاكلها يعني الخصاف لم يذكره في كتاب النفقات ثم قال و لكن مشائخنا قالوا المستحب له ان يؤاكلها لانه مامور بحسن العشرة معها، و زاد في ان يؤاكلها ليكون نفقتها و نفقته سواء (و قال الكرخي رحمه الله تعالى يعتبر حال الزوج، و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى لقوله عز و جل لينفق ذو سعة من سعته)(١) و هو ظاهر الرواية(٢) و قال الله تعالى و من قدر عليه رزقه

---

(١) من سعته – الطلاق – ٧. (٢) و هو ظاهر الرواية راجع لبيان ترجيحه اعلاء السنن ص٢٨٩ ج١١.

وجه الاول قوله عليه الصلوة و السلام لهند امراة ابي سفيان رضي اللّه تعالى عنهما خذي من مال زوجك ما يكفيك و ولدك بالمعروف اعتبر حالها، و هو الفقه. فان النفقة

فلينفق مما آتاه اللّه(١) بين ان التكليف بحسب الوسع و أن النفقة على حسب حاله. و لما زوجت نفسها من معسر، فقد رضيت بنفقة المعسرين، فلايستوجب على الزوج الا بحسب الزوج و حاله (وجه الاول) اي وجه اعتبار حالهما و هو اختيار الخصاف رحمه اللّه تعالى (قوله عليه الصلوة و السلام) اي قول النبي صلى اللّه عليه وسلم (لهند امراة ابي سفيان رضي اللّه تعالى عنهما خذي من مال زوجك ما يكفيك و ولدك بالمعروف) هذا الحديث اخرجه الجماعة(٢) غير الترمذي عن هشام بن عروة عن ابيه عن عائشة رضي اللّه تعالى عنها ان هنداً ام معاوية رضي اللّه تعالى عنهما قالت يارسول الله ان اباسفيان رجل شحيح، و ليس يعطيني ما يكفيني و ولدي الا ما اخذت منه، و هو لايعلم، فقال عليه الصلوة و السلام خذي ما يكفيك و ولدك بالمعروف (اعتبر حالها) اي اعتبر عليه الصلوة و السلام حال المراة و لقائل(٣) ان يقول هذا الدليل غير مطابق للمدعي، و هو الاعتبار بحالهما و الحديث يدل على اعتبار حالها و الجواب عنه ان المحتاج اليه هو بيان اعتبار حالها و اما اعتبار حاله فالآية تدل عليه، و الخصم يقول به فاذن الآية تدل على اعتبار حاله و الحديث على اعتبار حالها فوجب الجمع بينهما، بان يكون حاله معتبرة من وجه و حالها كذلك. فان قيل هذا على تقدير التعارض و الحديث لايعارض الآية لكونه من الآحاد، فالجواب ان الحديث تفسير لقوله تعالي و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف(٤) فتكون المعارضة حينئذ بين الآيتين فيجمع بينهما (و هو الفقه) اي اعتبار حال المراة هو الفقه اي هو الذي يفهم من الدلائل. و اشار بهذا الى انه اختار قول الخصاف حيث اعتبر حالهما، لكن ذكر الدليل من جهة نفسه لما اختاره و انما قلنا من جهة نفسه لئلا يرد عليه اعتراض الاترازي حيث قال قوله (فان النفقة) الى قوله فلامعنى للزيادة فيه نظر، لانه ما بقي بين الدليل و المدلول مطابقة، لان صاحب الهداية اورده دليلاً لقول الخصاف و قول الخصاف اعتبار حال المراة وحدها

---

(١) مما آتاه اللّه - الطلاق - ٧. (٢) الجماعة غير الترمذي - البخاري - كتاب البيوع - باب من اجرى امر الامصار على ما يتعارفون ص٢٩٤ ج١ و في النفقات باب اذا لم ينفق الرجل فللمراة ان تاخذ بغير علمه ص٨٠٨ ج٢ و مسلم كتاب القضاء باب قضية هند ص٧٥ ج٢ و ابوداود كتاب البيوع باب الرجل ياخذ حقه من تحت يده ص١٤٢ ج٢ و النسائي ادب القاضي باب قضاء الحاكم على الغائب ص٣١٠ ج٢ و ابن ماجة قبيل كتاب الاحكام باب ما للمراة من مال زوجها ص١٦٧ و التفصيل في نصب الراية ص٢٧١ ج٣. (٣) و لقائل الخ كذا في العناية. (٤) بالمعروف - البقرة - ٢٣٣.

تجب بطريق الكفاية. و الفقيرة لاتفتقر الى كفاية الموسرات، فلامعنى للزيادة. و اما النص فنحن نقول بموجبه انه يخاطب بقدر وسعه، و الباقي دين في ذمته. و معنى قوله بالمعروف الوسط و هو الواجب و به يتبين انه لا معنى للتقدير كما ذهب اليه الشافعي رحمه الله تعالى انه على الموسر مدان و على المعسر مد و على المتوسط مد و نصف مد

انتهى. و نحن نقول اختار المصنف ما اختاره الخصاف، و لكن دليله من جهته و يرد ما ذكره، ثم بين ذلك بقوله لان النفقة (تجب بطريق الكفاية، و الفقيرة لاتفتقر الى كفاية الموسرات فلامعنى للزيادة) يعني عن كفايتها نظراً الى حال الزوج، ثم اجاب عن قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته بقوله و اما النص (فنحن نقول بموجبه) اي بموجب النص و هو انه (يخاطب بقدر وسعه) لئلا يلزم التكليف بما ليس بالوسع، لكن زادت كفايتها على ما في وسعه يكون ديناً عليه و هو معنى (و الباقي دين في ذمته) عملا بالدليلين و لا يؤديه مع العجز و اعترض الاترازي على المصنف بقوله و هذا لايكون جواباً لما ذهب اليه الكرخي من ظاهر الرواية لان نص القرآن لايثبت الزيادة على نفقة الاعسار فمن اين يثبت الزيادة بموجب النص حتى يكون دينا عليه انتهى. قلت المصنف لم يثبت الزيادة بقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته حتى صده ما قال، و انما اثبت الزيادة بقوله تعالى و على المولود له رزقهن و كسوتهن الآية و فيما قاله عمل بالدليلين. و هذه الآية تدل على وجوب كفايتهن بكلمة على غير انه اذا عجز عن الكفاية لايكلف في الحال بل الزيادة على الكفاية في ذلك الوقت يكون ديناً عليه، و العمل بالنص اولى من ترك احدهما (و معنى قوله بالمعروف الوسط) اي قوله عليه الصلوة و السلام بالمعروف في قوله لهند امراة ابي سفيان رضي الله تعالى عنه خذي من مال زوجك ما يكفيك و ولدك بالمعروف و كذا في قوله تعالى و على المولودله رزقهن وكسوتهن بالمعروف الآية (وهو الواجب) اي الوسط هو الواجب وفي المبسوط(١) يجب على القاضي اعتبار الكفاية بالمعروف فيما يفرض لها في كل وقت و زمان. فكما يفرض لها قدر الكفاية من الطعام فكذلك من الادام لان الخبز لايتناول عادة الا مادوماً و جاء في تاويل قوله عزوجل من اوسط ما تطعمون اهليكم(٢) انه اعلى ما يطعم الرجل امراته الخبز و اللحم و اوسطه الخبز و الزيت و ادناه الخبز و اللبن. و اما الدهن فلانه لايستغني عنه خصوصاً في ديار الحر فهو من اصل الحوائج كالخبز. (و به) اي و بالمعروف المذكور في القرآن والحديث (يتبين انه لا معنى للتقدير) اي في تقدير النفقة (كما ذهب الي) اي الى التقدير (الشافعي رحمه الله تعالى انه) اي التقدير (على الموسر مدان و على المعسر مد و على المتوسط مد و نصف مد) المد بالضم

---

(١) المبسوط للسرخسي ص١٨٢ ج٥. (٢) اهليكم - المائدة - ٨٩.

و تشديد الدال رطل و ثلث(١) بالعراقي عند الشافعي و اهل الحجاز رحمهم الله تعالى و رطلان عند ابي حنيفة و اهل العراق رحمهم الله تعالى و قيل(٢) ان اصل المد مقدر بان يمد الرجل يديه فيملأ كفيه طعاما. و قال الماوردي في الحاوي ما ملخصه ان الاصل في اعتبار الحب في النفقة الكفارات، لانه طعام يقصد به في الحرمة و يستقر في الذمة و في النكاح عليه تمليكها حباً، و عليه طحنه و خبزه في الاصح، و يجوز الاعتياض في الاصح الا دقيقاً و خبزاً على المذهب. و لو اكلت معه سقطت نفقتها في الاصح و في المغني(٣) ايجاب الحب تحكم، فان الشرع ورد بالانفاق مطلقا من غيرقيد و لاتقدير، فيجب ان يرد الى العرف و العادة و ذلك في الطعام دون الحب. و ما بلغنا عن احد من السلف انه اطعم زوجته حبا و لا حكم بذلك الحاكم، و قد تركوا قوله في جميع البلاد الاسلامية على تقدير مد قمح على الاكابر. و عن مالك رحمه الله تعالى يفرض بمد تمر و ان كان كل يوم. و هو مد و ثلث بمد النبي صلى الله عليه وسلم قال ابن حبيب اخذه هشام بن اسماعيل بغرض نفقة الزوجات ما استحسنه مالك، و هو ظاهر خلاف مذهبه، و مذهبنا(٤) ما ذكره علماؤنا فقال في مختصر شرح الكافي للحاكم الشهيد، اذا كان الرجل صاحب مائدة و طعام كثير يتمكن من تناول مقدار كفايتها، فليس لها ان تطالب الزوج بفرض النفقة و ان لم يكن بهذه الصفة، فخاصمت في النفقة يفرض لها بالمعروف، و هو فوق التقتير دون الاسراف، رعاية للجانبين. و لاتقدر النفقة بالدراهم، لان المقصود الكفاية، و قد يرخص السعر و يغلو، فلايحصل المقصود. فكما يفرض لها الطعام بقدر الكفاية كل يوم يفرض الادام لان الخبز لايتناول الا مادوما عادة. و كذلك يفرض الدهن لانه لايستغنى عنه. و قال في الاقضية الادام الاعلى اللحم و الاوسط الزيت و الادنى اللبن و الحطب و الصابون و الاشنان، و ثمن ماء الاغتسال عليه. كذا في خلاصة الفتاوى و يفرض لها من الكسوة ما يصلح للشتاء و الصيف ففي الشتاء(٥) قميص و ملحفة و خمار و كساء كارخص مايكون كفايتها مما يدفئها ان كان الرجل معسرا و لا كساء في الصيف و ان كان موسرا فبأجود من ذلك على قدر اليسار و الخادم(٦) قميص و ازار و كساء كارخص مايكون و لا كساء في الصيف، و ان كان الرجل موسراً فبأجود ما يكون من

(١) ثلث بالعراقي الخ راجع لتحقيق مقدار الصاع و المد عند الائمة البناية باب صدقة الفطر ص٢٣٧ ج٤. (٢) و قيل الخ كذا في اللسان (٣) المغنى ص٢٣٢ ج٩ و راجع تكملة شرح المهذب باب قدر النفقات ص٢٤٩ ج١٨.
(٤) و مذهبنا الخ راجع لنحو هذه الفروع الكثيرة الفتاوى الهندية الباب السابع عشر في النفقات ص٥٤٧ ج١.
(٥) ففي الشتاء الخ كذا في المبسوط للسرخسي ص١٨٣ ج٥. (٦) و الخادم الخ و في المبسوط للسرخسي =>

لان ما وجب كفاية لايتقدر شرعاً في نفسه،

ذلك. و قال محمد في الاصل من التقدير بالدراهم بقوله ان كان معسراً فرض لها من النفقة كل شهر اربعة دراهم او خمسة او ما بين ذلك. و لخادمها ثلاثة دراهم او اقل من ذلك او اكثر. و ان كان موسراً عليه للمراة ثمانية دراهم او تسعة او نحو ذلك، و لخادمها ثلاثة دراهم او اربعة او نحو ذلك، فذاك ليس بتقدير لازم، بل هو بناء على ما شاهده محمد في ذلك الوقت من عرف زمانه، كذا ذكره شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي(١) و شمس الائمة البيهقي في الشامل. و قال السرخسي لم يذكر محمد في الاصل في كسوة المراة الازار و الخف في شيء من المواضع. و ذكر الازار في كسوة الخادم و لم يذكر الخف ايضاً، و ان كانت الخادمة ممن تحتاج ان تخرج الى الحوائج فلها الخف و المكعب بحسب ما يكفيها. و اما المراة فانها مامورة بالقرار في البيت ممنوعة من الخروج، فلاتستوجب الخف و المكعب على الزوج، و كذلك لاتستوجب الازار لانها تكون مهيئة نفسها لبساط الزوج، فليس على الزوج ان يتخذ ما يحول بينه و بين حقه فلهذا لم يذكر الازار هذا لفظه في شرح الكافي(٢) و قال في خلاصة الفتاوى، هذا في ديارهم بحكم العرف، اما في ديارنا فيفرض الازار و المكعب، و يفرض ما تنام عليه. و قال الخصاف و يجعل لها ما تنام عليه مثل الفراش و المضربة و المرفقة في الشتاء و لحافاً تتغطى به. قال شمس الائمة السرخسي في شرح كتاب النفقات ذكر لها كتابا على حدة و لم يكتف بفراش واحد، لانها ربما تنعزل عنه في ايام الحيض او في زمان مرضها. و قال الحاكم الشهيد قال محمد لاينبغي(٣) ان يوقت النفقة على الدراهم، لان السعر يغلو و يرخص، و لكن يجعل النفقة على الكفاية في كل زمان، فينظر الى قيمته، فيفرض لها عليه دراهم شهراً شهراً. قال السرخسي و هذا بناء على عادتهم، و بعض المتاخرين من مشايخنا قالوا يعتبر في ذلك حال الرجل ايضا فانه ان كان محترفاً تفرض عليه النفقة يوماً يوماً لانه يتعذر عليه اداء النفقة شهرا دفعة واحدة و ان كان من التجار يفرض الاداء شهرا شهرا و ان كان من الدهاقين تفرض عليه النفقة سنة سنة لان تيسر الاداء عليه عند ادراك الغلات في كل سنة و تيسر الاداء على التاجر عند اتخاذ اجر غلات الحوانيت وغيرها في كل شهر و تيسر الاداء على المحترف بالاكتساب في كل يوم. و اما الكسوة فيفرض في السنة مرتين(٤) (لان ما وجب كفاية لايتقدر شرعاً في نفسه) لانها مما يختلف فيها

=> ص١٨٣ ج٥ و لخادمها قميص كرابيس و ازار و كساء كارخص ما يكون الخ. (١) في شرح الكافي اي في المبسوط ص١٨٢ ج٥. (٢) شرح الكافي اي المبسوط ص١٨٣ ج٥. (٣) لاينبغي الخ و كذا في المبسوط للسرخسي ص١٨٣ ج٥. (٤) مرتين اي في كل ستة اشهر مرة فان فعل ذالك لم يجدد لها الكسوة حتى يبلغ =>

و ان امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها ، فلها النفقة لانه منع بحق، فكان فوت الاحتباس بمعنى من قبله، فيجعل كلا فائت. و ان نشزت فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله لان فوت الاحتباس منها و اذا عادت جاء الاحتباس، فتجب النفقة بخلاف ما اذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج، لان الاحتباس قائم، و الزوج يقدر على

احوال الناس بحسب الشباب و الهرم و بحسب الاوقات و الاماكن ففي التقدير قد يكون اضراراً باحدهما و في المبسوط(١) و كل جواب عرفته من اعتبار حاله او حالها في فرض النفقة فهو الجواب في كسوة (و ان امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة لانه منع بحق فكان فوت الاحتباس بمعنى من قبله فيجعل كلا فائت) المراد من المهر هو العاجل. و به صرح في شرح الطحاوي فقال و لو انها منعت نفسها لاجل مهرها العاجل، فلها النفقة لان هذا منع بحق و قال في التحفة و ان كان الامتناع بغير حق، بان اوفاها الزوج المهر او كان موجلاً، فانه يسقط النفقة لانه وجد النشوز منها ، لكن ينبغي لك ان تعرف ان الامتناع لطلب المهر اذا كان قبل الدخول لايزيل النفقة اتفاقاً لانه منع بحق و كذلك بعد الدخول اذا كان برضاها عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا لا نفقة لها كذا في المختلف و في فتاوى قاضي خان(٢) و لو كان الزوج ساكناً معها في منزلها فمنعت زوجها من الدخول عليها كانت ناشزة الا اذا منعت ليحولها الى منزله او ليكتري لها منزلاً، فحينئذ لاتكون ناشزة و لو كانت مقيمة في منزله، و لم تمكنه من الوطء لاتكون ناشزة (و ان نشزت فلانفقة لها حتى تعود الى منزله لان فوت الاحتباس منها) تفسير الناشزة و الناشصة هي المانعة نفسها عن زوجها بغير حق. و قيل لشريح هل للناشزة من نفقة فقال نعم، فقيل كم، فقال جراب من تراب معناه لا نفقة لها و اذا كان الرجل يسكن في الارض المغصوبة، فخرجت المراة لاجل انه يسكن في المغصوبة لاتكون ناشزة لانها محقة و نقل في خلاصة الفتاوى عن(٣) فتاوى النسفي لو كان الزوج بسمرقند و امراته بنسف فيبعث اليها اجنبيا ليحملها الى سمرقند فلم تذهب لعدم المحرم يفرض لها النفقة (و اذا عادت) اي المراة الى منزل الزوج (جاء الاحتباس) لها (فتجب النفقة) لوجود العلة (بخلاف ما اذا امتنعت) متصل بقوله لان فوت الاحتباس منها (من التمكين في بيت الزوج لان الاحتباس قائم و الزوج يقدر على

=> ذالك الوقت الا ان تكون لبست لبسا معتادا فتخرق قبل مجيء ذالك الوقت فحينئذ تبين ان ذالك لم يكن يكفيها فتجدد لها الكسوة الخ المبسوط للسرخسي ص١٨٣ ج٥ و فتح القدير ص٢٠٠ ج٤. (١) و في المبسوط الخ كذا في فتح القدير ص١٩٦ ج٤. (٢) فتاوى قاضي خان المطبوعة على حاشية الفتاوى الهندية ص٤٢٧ ج١. (٣) عن فتاوى النسفي الخ كذا في الفتح ص١٩٦ ج٤.

الوطء كرهاً. و ان كانت صغيرة لايستمتع بها، فلانفقة لها لان امتناع الاستمتاع لمعنى فيها و الاحتباس الموجب ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح، و لم يوجد بخلاف المريضة على ما نبين. و قال الشافعي رحمه الله تعالى لها النفقة لانها عوض عن الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين. و لنا ان المهر عوض عن الملك و لايجتمع العوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة. و ان كان الزوج صغيرا لايقدر على الوطء و هي كبيرة، فلها النفقة من ماله لان التسليم تحقق(١) منها، و انما العجز من قبله فصار كالمجبوب و العنين.

الوطء كرهاً) اي من حيث الكره (و ان كانت) اي و ان كانت الزوجة (صغيرة لايستمتع بها فلانفقة لها) المراد من الاستمتاع الجماع لان الحاكم الشهيد قد صرح به في مختصره الكافي و كذلك السرخسي في شرح الكافي الذي هو مبسوطه و عليه جمهور العلماء و عند الثوري و الظاهرية و الشافعي(٢) في قول لها النفقة لانها مال تجب بالعقد كالمهر فتستوي الكبيرة و الصغيرة، و الاصح عند الشافعية وجوبها و لو كانت في المهد لاطلاق النص (لان امتناع الاستمتاع لمعنى فيها) و هي غير مسلمة نفسها الى الزوج فصارت كالناشزة (و الاحتباس الموجب) اي للنفقة (ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح) و هو الجماع او دواعيه (و لم يوجد) فلايجب شيء (بخلاف المريضة على ما نبين) اي قريباً من خمسة عشر خطاً يعني يجب النفقة في المريضة و ان تعذر الجماع (و قال الشافعي رحمه الله تعالى لها) اي للصغيرة النفقة (لانها) اي لان النفقة (عوض عن الملك عنده) اي عند الشافعي (كما في المملوكة بملك اليمين) حيث تجب نفقتها على المالك (و لنا ان المهر عوض عن الملك) لان الفرض هو ما يدخل تحت العقد بالتسمية، و الداخل تحته هو المهر دون النفقة، فاذا كان المهر عوضاً لاتكون النفقة عوضاً (و لايجتمع العوضان عن معوض واحد) فلاتجب النفقة لاجله بخلاف المهر، و هو معنى قوله (فلها المهر دون النفقة) كما مر (و ان كان الزوج صغيراً لايقدر على الوطء و هي كبيرة) اي و الحال ان المراة كبيرة (فلها النفقة في ماله، لان التسليم قد تحقق منها و انما العجز من قبله فصار كالمجبوب و العنين) حيث يجب عليهما النفقة لان العجز منهما و عليه الجمهور. و قال مالك رحمه الله تعالى لانفقة لها، و ان كانا صغيرين لايطيقان الجماع لا نفقة لها بالاجماع، لان المنع

---

(١) تحقق - ن - قد تحقق. (٢) و الشافعي رحمه الله تعالى و في فتح القدير و على قولنا جمهور العلماء و الشافعي في قوله المختار عندهم و في قول له تجب و ان كانت في المهد و قول الثوري و الظاهرية الخ.

و اذا حبست المراة في دين، فلانفقة لها لان فوت الاحتباس منها بالمماطلة و ان لم يكن منها بان كانت عاجزة فليس منه و كذا اذا غصبها رجل كرهاً فذهب بها. و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى ان لها النفقة و الفتوى على الاول لان فوت الاحتباس ليس منه، ليجعل باقياً تقديراً. و كذا اذا حجت مع محرم لان فوت الاحتباس منها. و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى ان لها النفقة لان اقامة الفرض عذر، و لكن تجب عليه نفقة الحضر دون السفر لانها هي المستحقة عليه

جاء من جهتها. كذا قاله الكاكي و قال الاترازي و لو كانا صغيرين جميعاً لم يذكر حكم النفقة لا في الاصل و لا في الجامع، و لكن يفهم من التعليل المذكور فيما اذا كانت صغيرة و الرجل كبيراً، اذ لا نفقة لها في هذه الصورة لان تلك العلة و هي عدم تسليم النفس موجود هنا و قد صرح بما قلنا اي بعدم وجوب النفقة في الذخيرة ايضا (و اذا حبست المراة في دين فلانفقة لها لان فوت الاحتباس منها بالمماطلة) لانها لما ما طلت صارت كانها هي التي حبست نفسها فصارت كالناشزة (و ان لم يكن منها) اي و ان لم يكن الاحتباس من المراة (بان كانت عاجزة) عن اداء الدين (فليس منه) اي من الزوج ايضا فلايطالب بالنفقة (و كذا) اي و كذا لا نفقة لها (اذا غصبها رجل كرهاً فذهب بها) لفوات الاحتباس (و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى ان لها النفقة) لانه لا منع من جهتها و اختاره السعدي (و الفتوى على الاول) اي على ظاهر الرواية و هو انه لا نفقة في المغصوبة فيما مضى (لان فوت الاحتباس ليس منه) يعني من الزوج (ليجعل باقياً تقديراً) بيانه(١) ان النفقة عوض عن الاحتباس في بيته، فاذا كان الفوات لمعنى من جهته يجعل ذلك الاحتباس باقياً، فاذا كان الفوات لمعنى من جهته باقياً تقديراً، فكانه لم يفت، فتجب النفقة كما اذا منعت نفسها قبل الدخول، لاجل الصداق او حبس الزوج لاجل دين عليه، او ارتد او اسلمت هي و ابي الزوج الاسلام، او طلقها بعد الدخول (و كذا اذا حجت مع محرم) اي لا نفقة لها (لان فوت الاحتباس منها) الا اذا كان الزوج معها على ما يجيء الآن (و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى ان لها النفقة لان اقامة الفرض عذر) فحينئذ تجب النفقة. و قال محمد رحمه الله تعالى لانفقة لها، لعدم الاحتباس بحقه و التمكين من الاستمتاع بالجماع و دواعيه (و لكن تجب عليه نفقة الحضر) يعني قيمة الطعام في الحضر (دون السفر) اي دون نفقة السفر لانها تزيد على نفقة الحضر. كذا في شرح كتاب النفقات (لانها هي المستحقة عليه) اي لان نفقة الحضر هي

---

(١) بيانه الخ كذا في الفتح و العناية.

و لو سافر معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق، لان الاحتباس قائم لقيامه عليها، و تجب نفقة الحضر دون السفر و لايجب(١) الكراء لما قلنا و ان(٢) مرضت في منزل الزوج فلها النفقة و القياس ان لا نفقة لها اذا كان مرضاً يمنع من الجماع لفوت الاحتباس للاستمتاع وجه الاستحسان ان الاحتباس قائم فانه يستانس بها و يمسها و تحفظ البيت. و المانع بعارض فاشبه الحيض. و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى انها اذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم، و لو مرضت ثم سلمت، لاتجب لان التسليم لم يصح. قالوا هذا حسن و في لفظ الكتاب ما يشير اليه، قال و يفرض على الزوج النفقة اذا كان موسراً، و نفقة خادمها و المراد بهذا بيان نفقة الخادم.

الواجبة على الزوج، لان المامور هو النفقة بالمعروف و هو عبارة عما لا اسراف فيه. و في نفقة السفر اسراف لغلاء السفر فلايكون معروفاً، فلايجب ذلك (و لو سافر معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق) و به قال الشافعي رحمه االله تعالى (لان الاحتباس قائم لقيامه عليها) اي لقيام الزوج على المراة (و تجب نفقة الحضر دون السفر) لما مر (و لا يجب الكراء لما قلنا) اي في قوله لانها هي المستحقة (و ان مرضت في منزل الزوج فلها النفقة) هذا الموعود من المصنف بقوله قبل هذا بخلاف المريضة على ما نبين، اعلم ان المريضة مطلقاً لها النفقة في ظاهر الرواية سواء كان مرضاً يمنع من الجماع كما في الحيض (و القياس ان لا نفقة لها اذا مرضت مرضا يمنع من الجماع لفوت الاحتباس للاستمتاع وجه الاستحسان ان الاحتباس قائم فانه) اي فان الزوج (يستانس بها و يمسها و تحفظ البيت، و المانع) اي من الجماع (بعارض) اي بسبب عارض و هو المرض (فاشبه الحيض) في كونه مانعاً و تجب النفقة (و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى اذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم، و لو مرضت ثم سلمت لاتجب لان التسليم لم يصح بسبب المرض. قالوا) اي قال مشايخنا (هذا حسن) اي هذا التفصيل حسن (و في لفظ الكتاب) اي كتاب القدوري (ما يشير اليه) اي الى ما روى عن ابي يوسف في ظاهر الرواية، لانه قال و ان مرضت في منزل الزوج، لانه يفهم منه انها سلمت نفسها الى الزوج في منزله ثم مرضت فيه (قال و يفرض على الزوج النفقة اذا كان موسراً و نفقة خادمها) هذه من مسائل القدوري، و لما كان ظاهر هذا تكرارا لانه قال في اول الباب النفقة واجبة للزوجة على زوجها، عذره المصنف بقوله (و المراد بهذا) اي بقوله و يفرض على الزوج النفقة اذا كان موسراً و نفقة خادمها (بيان نفقة الخادم)

---

(١) و لايجب - ن - لاتجب. (٢) و ان - ن - فان.

و لهذا ذكر في بعض النسخ و تفرض على الزوج اذا كان موسراً نفقة خادمها، و وجهه ان كفايتها واجبة عليه، و هذا من تمامها، اذ لابد لها منه، و لاتفرض(١) لاكثر من نفقة خادم واحد. و هذا عند ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى

و هناك لم يذكر نفقة الخادم، و تجب نفقته باجماع الائمة الاربعة رحمهم الله تعالى و قالت الظاهرية لاتجب نفقة الخادم لانه ما جاء فيه خبر يعتمد عليه، و انما قيد بقوله اذا كان موسراً و زاد فيه هذا القيد، لانه اذا كان معسراً لاتجب عليه نفقة الخادم و ان كان لها خادم على ما روى الحسن عن ابي حنيفة. كذا في مختصر الكرخي و في الاسبيجابي و الينابيع و ان كان لها خادم متفرغ لخدمتها ليس له شغل غير خدمتها، يفرض له النفقة بالمعروف. و في الذخيرة ان لم يكن لها خادم لايفرض له في ظاهر الرواية عن اصحابنا الثلاثة، و به قال احمد و اكثر اصحاب الشافعي رحمهم الله تعالى و في المبسوط(٢) عن زفر رحمه لله تعالى يفرض نفقة خادم واحد، لان على الزوج ان يقوم بمصالح طعامها و حوائجها، و اذا لم يفعل ذلك اعطاها نفقة خادم، ثم هي تقوم بنفسها، او تتخذ خادماً ثم اختلف المشايخ في الخادم، قيل المملوك لها حتى لو كان حرة، او غير مملوكة لها لاتستحق. و قيل كل من يخدمها حرة كانت او مملوكة لها او لغيرها. و ينبغي ان ينقص نفقة خادمها عن نفقة نفسها في حق الادام لا الخبز (و لهذا) اي و لصحة ما قلت و المراد بهذا بيان الخادم (ذكر في بعض النسخ) اي في بعض نسخ القدوري (و تفرض على الزوج اذا كان موسرا نفقة خادمها) و قال الاترازي و تلك النسخة هي الاصح، لان الشيخ ابانصر اعتبرها في نسخته، اعني الشرح المعروف بالاقطع (و وجهه) اي وجه وجوب نفقة الخادم (ان كفايتها) اي كفاية المراة (واجبة عليه) اي على الزوج (و هذا من تمامها) اي فرض نفقة الخادم من تمام كفاية المراة (اذ لابد لها منه) اي لانه لابد للمراة من الخادم و هو واحد الخادم غلاماً كان او جارية، ثم المراة اذا لم يكن لها خادم، فهل يجب عليها ان تخبز و تعالج بنفسها. فان قالت لا افعل لاتجبر على ذلك، لان الواجب عليها تمكين النفس من الزوج لا هذه الاعمال، بخلاف الخادم اذا امتنع من الخدمة لا يستحق النفقة (و لاتفرض) اي النفقة (لاكثر من خادم واحد) هذا لفظ القدوري في مختصره و لم يذكر الخلاف. و كذا لم يذكر الحاكم الشهيد في مختصره و لا الكرخي في مختصره، و ذكر الخلاف شمس الائمة البيهقي و الاسبيجابي، و صاحب المختلف، و لذلك ذكر المصنف ايضا مثلهم قال (و هذا عند ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى) اي عدم فرض النفقة لاكثر من خادم عند ابي حنيفة و محمد، و هو قول الجمهور و قول الائمة الاربعة رحمهم

---

(١) و لاتفرض – ن – و لايفرض. (٢) المبسوط للسرخسي ص١٨٢ ج٥ و كذا في الكفاية.

و قال ابويوسف رحمه الله تعالى تفرض لخادمين لانها تحتاج الى احدهما لمصالح الداخل و الى الآخر لمصالح الخارج و لهما ان الواحد يقوم بالامرين، فلاضرورة الى اثنين، و لانه لو تولى كفايتها بنفسه، كان كافياً. فكذا اذا قام الواحد مقام نفسه، و قالوا ان الزوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امراته، و هو ادنى الكفاية.

الله تعالى (و قال ابويوسف رحمه الله تعالى تفرض لخادمين لانها) اي لان المراة (تحتاج الى احدهما لمصالح الداخل) اي داخل البيت (و الى الآخر) اي و تحتاج الى خادم آخر (لمصالح الخارج) اي خارج البيت. و في التحفة و هذا الذي ذكره عن ابي يوسف غير المشهور عنه، لان المشهور من قوله كقولهما. و به صرح الطحاوي في مختصره و في فتاوى اهل سمرقند، اذا كانت المراة من بنات الاشراف و ذوي الاقدار لها خدم كثير، يجبر على نفقة خادمين احدهما للخدمة و الآخر للرسالة. و عن ابي يوسف في رواية اخرى(١) اذا كانت فائقة في الغني لها خدم كثير زفت اليه كذلك استحقت نفقة الخدم كلها، و هو رواية هشام عن محمد و اختاره الطحاوي (و لهما) اي و لابي حنيفة و محمد رحمه الله تعالى (ان الواحد) اي الخادم الواحد (يقوم بالامرين) اي بمصالح الخارج و مصالح الداخل (فلا ضرورة الى اثنين) لان ما زاد على ذلك فللزينة و التجمل (و لانه) اي و لان الزوج (لو تولى كفايتها بنفسه كان كافياً، فكذا اذا قام الواحد) اي الخادم الواحد (مقام نفسه) و لو كانت الزوجة امة، فلانفقة لخادمها و لو كان له اولاد لايكفيها خادم واحد، فرض عليه لخادمين او اكثر (و قالوا) اي المشايخ (ان الزوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امراته) اليسار هنا مقدر بنصاب حرمان الصدقة لا بنصاب وجوب الزكاة، و هو النصاب من المال النامي الفاضل عن حاجته، و الغني الذي تحرم به الصدقة، و تجب به الفطرة و الاضحية، هو ان يملك ما يساوي مائتي درهم فاضلا عن ثيابه و مآربه و خادمه و مسكنه و فرسه و سلاحه، و كتب العلم ان كان من اهله، اذا لم يكن له فضل عن ذلك (و هو ادنى الكفاية) و الضمير يرجع الى قوله مايلزم. و الحاصل ان نفقة الخادم ادنى الكفاية، و هو ما يلزم المعسر من نفقة امراته و في النوادر(٢) روى قتادة عن خلاس عن علي بن ابي طالب رضي الله تعالى عنه، انه فرض لامراة و خادمها في الشهر اثنى عشر درهما، اربعة للخادم، و ثمانية للمراة، منها درهمان للقطن و الكتان، و روى عن شريك انه قال شهدت ابن ابي ليلى انه فرض

---

(١) رواية اخرى الخ كذا في الفتح ص٢٠١ ج٤ و الكفاية. (٢) النوادر الخ و كذالك اخرجه البيهقي في سننه باب لينفق ذو سعة من سعته ص٤٦٩ ج٧.

و قوله في الكتاب اذا كان موسراً، اشارة الى انه لاتجب نفقة الخادم عند اعساره. و هو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى و هو الاصح، خلافاً لما قاله محمد رحمه الله تعالى لان الواجب على المعسر ادنى الكفاية. و هي قد تكتفي بخدمة نفسها، و من اعسر بنفقة امراته لم يفرق بينهما، و يقال لها استديني عليه، و قال الشافعي رحمه الله يفرق،

للمراة ستة دراهم و للخادم ثلاثاً (و قوله في الكتاب) اي القدوري (اذا كان موسراً، اشارة الى انه لاتجب نفقة الخادم عند اعساره، و هو رواية الحسن) بن ابي زياد اللؤلؤي قال الاترازي قال شيخنا برهان الدين الخوارزمي، معنى الحسن اذا ذكر في نسخ الفقه لاصحابنا، المراد به الحسن بن ابي زياد، و اذا ذكر مطلقاً في كتب التفسير ان المراد به الحسن البصري (عن ابي حنيفة و هو الاصح) اي الذي رواه الحسن عن ابي حنيفة، هو الاصح (خلافاً لمحمد) فانه قال الا اذا كان الزوج معسراً فان كان لها خادم فرض نفقة الخادم، و ان لم يكن فلايفرض (لان الواجب على المعسر ادنى الكفاية، و هي قد تكتفي بخدمة نفسها) هذا تعليل لما رواه الحسن (و من اعسر بنفقة امراته لم يفرق بينهما) اي بينه و بين امراته و هو قول الزهري(١) و عطاء بن يسار، و الحسن البصري، و سفيان الثوري، و ابن ابي ليلى و ابن شبرمة، و حماد بن ابي سليمان، و الظاهرية (و يقال لها) اي للمراة (استديني عليه) اي على الزوج. و معنى الاستدانة ان تشتري الطعام على ان يؤدي الزوج ثمنه و قال الخصاف معنى الاستدانة الشراء بالنسيئة ليقضي الثمن من مال الزوج (و قال الشافعي رحمه الله تعالى يفرق) و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى و على هذا الخلاف العجز عن الكسوة و العجز عن المسكن. و في المهذب في العجز عن الكسوة و المسكن وجهان. و قال ابونصر من اصحابه في العجز عن الكسوة و المسكن يفسخ قولاً واحداً، و هذا التفريق فسخ عند الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى و قال مالك رحمه الله تعالى طلاق. و في مدة حكم القاضي بالتفريق قولان في القديم يوم اعساره و في الجديد يمهل ثلاثة ايام، و لو غاب عنها و لم يعرف موضعه لم يثبت لها الفسخ. كذا في الحلية. و للشافعي في الفسخ من الاعسار عن الصداق الواجب ثلاثة اقوال(٢) احدها لها الفسخ قبل الدخول و بعده، و الثاني لا خيار لا قبل الوطء و لا بعده و هو اختيار المراني، و الثالث لها الفسخ قبل الدخول لا بعده و اختاره المروزي و اكثرهم لو امتنع من الانفاق عليها مع اليسر، لم يفرق و يبيع الحاكم عليه ماله و

---

(١) قول الزهري الخ راجع فتح القدير و اعلاء السنن باب الرجل لايجد نفقة امراته ص٢٩٢ ج١١ و المغنى ص٢٧٣ ج٩ و تكملة شرح المهذب ص٢٦٩ ج١٨. (٢) ثلاثة اقوال الخ راجع المغنى ص٢٥١ ج٩.

لانه عجز عن الامساك بالمعروف، فينوب القاضي منابه في التفريق كما في الجب و العنة، بل اولى لان الحاجة الى النفقة اقوى. و لنا ان حقه يبطل و حقها يتاخر، و الاول اقوى في الضرر، و هذا لان النفقة تصير ديناً بفرض القاضي، فتستوفى في الزمان الثاني و فوت المال تابع في النكاح لايلحق بما هو المقصود و هو التناسل. و فائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان يمكنها احالة الغريم على الزوج. فاما اذا كانت الاستدانة بغير امر القاضي، كانت المطالبة عليها دون الزوج

يصرفه في نفقتها. فاذا لم يجد ماله يحبسه حتى ينفق عليها، و لايفرق (لانه عجز عن الامساك بالمعروف، فينوب القاضي منابه في التفريق كما في الجب و العنة) اي كما يفرق اذا وجد الرجل مجبوباً او عنيناً (بل اولى) اي بل التفريق اولى (لان الحاجة الى النفقة اقوى) من الجماع لان انقطاع الاولى مدة مهلك دون الثاني (و لنا ان حقه) اي ان حق الزوج (يبطل) اي بالتفريق (و حقها يتاخر) لان النفقة تصير ديناً بفرض القاضي، فيستوفى في الزمان الثاني (و الاول) اي بطلان حق الزوج (اقوى في الضرر) فيتحمل ادنى الضررين لدفع الاعلى (و هذا) اشارة الى ان تاخير حقها اقل ضررا من بطلان حقه (لان النفقة تصير ديناً بفرض القاضي فتستوفى في الزمان الثاني و فوت المال) مبتدأ و خبره قوله لايلحق على صيغة المجهول، و هو جواب عن قياس الشافعي رحمه الله تعالى على الجب و العنة و تقريره ان فوت المال (و هو تابع) اي و المال انه تابع (في النكاح لايلحق بما هو المقصود و هو التناسل) التوالد توضيحه(١) ان هذا القياس باطل لانه قياس بالفارق و ذلك لان العجز عن النفقة انما يكون عن المال، و هو تابع في باب النكاح، والعجز عن الوصول الى المراة بسبب الجب و العنة انما يكون عن المقصود بالنكاح و هو التوالد و التناسل و لايلزم من جواز الفرق بالعجز عن المقصود جوازه به عن التابع (و فائدة الامر بالاستدانة) جواب عما يقال لا فائدة في الاذن لها بالاستدانة بعد فرض القاضي بالاستدانة لها، لانها صارت دينا بفرضه، فاجاب بان فائدة الامر بالاستدانة (مع الفرض ان يمكنها احالة الغريم على الزوج) يعني من غير رضاه (فاما اذا كانت الاستدانة بغير امر القاضي، كانت المطالبة عليها دون الزوج) و في التحفة(٢) فائدة الامر بالاستدانة ان لصاحب الدين ان ياخذ دينه من الزوج او المراة، و بدون الامر بالاستدانة ليس لرب الدين ان يرجع على الزوج، بل يرجع عليها، ثم هي ترجع على الزوج بما فرض لها القاضي، و هذا لان الاستدانة على الزوج، ايجاب الدين عليه.

---

(١) توضيحه الخ كذا في العناية ص٢٠٢ ج٤. (٢) و في التحفة الخ كذا في فتح القدير ص٢٠٣ ج٤.

فاذا جعل بامر القاضي جعل ايجاب الدين عليه منها، و ليس لها على الزوج هذه الولاية فان قلت استدل الشافعي رحمه الله تعالى و من تابعه بما روى عن ابن المسيب رحمه الله تعالى(١) انه سئل عن ذلك، فقال يفرق بينهما سنة. قال الشافعي قوله سنة، اي سنة رسول الله صلي الله عليه وسلم. و بما روي عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنه انه عليه الصلوة و السلام قال في الرجل، لايجد ما ينفق على امراته، يفرق بينهما. رواه الدارقطني(٢) و بما روي في حديث ابي هريرة رضي الله تعالى عنه انه عليه الصلوة و السلام قال، تقول اطعمني و الا فارقني. رواه البخاري(٣) وغيره قلت الجواب عن قول سعيد بن المسيب من وجوه الاول انه لما روى ذلك عن عبد الرحمن(٤) بن ابي زناد، قال ابن حزم، هو لا شيء، فسقط الاحتجاج به، و الثاني ان قول ابن المسيب انه سنة لانسلم انه سنة الرسول عليه الصلوة و السلام لان السنة كما تطلق على سنة الرسول تطلق على سنة غيره ايضا. الا ترى الى قوله عليه الصلوة و السلام سن بكم معاذ(٥) سنة حسنة، و سنة العمرين فاشتبه بين العلماء و الثلاث انه مرسل. و الشافعي رحمه الله تعالى لايجعل المرسل حجة. فان قيل الشافعي رحمه الله تعالى استثنى مراسيل سعيد بن المسيب كلها، و الشرط عنه في العمل بالمرسل ان يروي من طريق آخر مرفوعاً او عمل به بعض الصحابة رضي الله تعالى عنهم و قال ابن حزم رحمه الله تعالى(٦) و روى عن ابن المسيب قولان مختلفان، فايهما كان السنة و الآخر خلاف السنة، فبطل قوله السنة لاضطرابه و مخالفة بعضه بعضاً. و قال ايضاً خالف ابن المسيب عمر و عليا رضي الله تعالى عنهما وغيرهما. و الجواب

---

(١) عن ابن المسيب الخ راجع لهذا التحقيق اعلاء السنن ص٢٩٠ ج١١ و مابعده و تكملة شرح المهذب ص٢٦٨ ج١٨ و فتح القدير ص٢٠٢ ج٤ و المغنى ص٢٤٣ ج٩ و الجوهر النقي مع البيهقي ص٤٦٩ ج٧ و عمدة القاري ص١٤ ج٢١ و فتح الباري ص٦٢٦ ج٩ و اثر ابن المسيب هذا اخرجه البيهقي في سننه باب الرجل لايجد نفقة امرأته ص٤٦٩ ج٧ و سعيد بن منصور و الشافعي و عبدالرزاق باب الرجل لايجد ماينفق على امراته ص٩٦ ج٧. (٢) الدارقطني ص٢٩٧ ج٣. (٣) البخاري كتاب النفقات باب وجوب النفقة على الاهل و العيال ص٨٠٦ ج٢ و احمد و الدارقطني باسناد صحيح. (٤) عبدالرحمن بن ابى الزناد راجع ترجمته تهذيب التهذيب ص٧٠ ج٦ وثقه مالك وغيره و ضعفه يحيى بن معين وغيره. (٥) سن بكم معاذ الخ مسند احمد ص١٤٦ ج٥ و قوله عليه الصلوة و السلام عليكم بسنتي و سنة الخلفاء الراشدين رواه ابوداود ص٢٨٧ ج٢ و الترمذي ص١٦٢ ج٢ و ابن ماجة و مسند احمد و مشكوة ص٢٩. (٦) ابن حزم راجع لمزيد بيانه الجوهر النقي ص٤٦٩ ج٧ و مابعده و اعلاء السنن ص٢٩٢ ج١١.

عن حديثه الآخر انه قيل لابي هريرة سمعت هذا من رسول الله صلي الله عليه وسلم، فقال لا هذا من كيس ابي هريرة رضي الله تعالى عنه رواه عنه كذلك البخاري(١) و لان ذلك من قول المراة، و ليس فيه ان الرجل يلزم به، فان قلت الشافعي استدل ايضا بقوله تعالى فامساك بمعروف او تسريح باحسان(٢) فان الرجل لما عجز عن الامساك بالمعروف، تعين التسريح بالاحسان، فلما ابى ذلك ناب القاضي منابه دفعاً للظلم كما ذكرنا(٣) قلنا نحن ايضاً، استدللنا بقوله تعالى و ان كان ذو عسرة فنظره الى ميسرة(٤) نص الله تعالى عزوجل على ان المعسر يستحق الانظار و الامهال، فلو اجلته المراة في النفقة ما كان لها ان تطالب بالفرقة، فكذا اذا ثبت الاجل شرعاً. و قد ذكرنا بقية دليلنا عن قريب، ثم اعلم ان العجز عن الانفاق لايوجب التفريق عندنا، و لكن مع هذا، اذا فرق القاضي بينهما، هل ينفذ قضاؤه ام لا قال الامام ابوحفص محمد بن محمود الاستروشني في الفصل الثاني في القضاء في المجتهدات من كتاب الفصول(٥) اذا ثبت العجز بشهادة الشهود فان كان القاضي شافعي المذهب، و فرق بينهما، نفذ قضاءه بالتفريق. و اذا كان حنفياً لاينبغي له ان يقضي بخلاف مذهبه الا ان يكون مجتهداً، او وقع اجتهاده على ذلك و ان قضى مخالفا لرأيه من غير اجتهاد فعن ابي حنيفة رحمه الله تعالى روايتان في جواز قضائه، و لو لم يقض و لكن امر شافعي المذهب ليقضي بينهما في هذه الحادثة فقضى بالتفريق نفذ اذا لم يرتش، الآمر و المامور فان كان الزوج غائباً، فرفعت المراة الامر الى القاضي، و اقامت البينة ان زوجها الغائب عاجز عن النفقة، و طلبت من القاضي ان يفرق بينهما فان كان القاضي حنفيا فقد ذكرنا و ان كان شافعيا ففرق بينهما قال مشايخ سمرقند جاز تفريقه لانه قضاء في فصلين مختلف فيهما التفريق بسبب العجز عن النفقة و القضاء على الغائب. و كل واحد منهما مجتهد فيه و قال القاضي ظهير الدين المرغيناني لايصح هذا التفريق لان القضاء انما يجوز عند الشافعي و ينفذ في احدى الروايتين عن ابي حنيفة اذا ثبت المشهود به و ههنا لم يثبت المشهود به عند القاضي، و هو العجز لان المال غاد و رائح و من الجائز ان الغائب صار غنياً، و لم يعلم به الشاهد لما بينهما من المسافة فكان الشاهد مجازفا في هذه الشهادة. و قال صاحب الذخيرة الصحيح انه لاينفذ قضاءه، لان العجز لايعرف حالة الغيبة لجواز ان يكون قادراً فيكون هذا ترك الانفاق لا

(١) البخاري ص٨٠٦ ج٢. (٢) او تسريح باحسان - البقرة ٢٢٩. (٣) كما ذكرنا اي قريبا بل ذكر في الهداية. (٤) الى ميسرة - البقرة - ٢٨٠. (٥) كتاب الفصول الخ كذا في البحر الرائق عن غاية البيان معز يا الى الفصول ص٢٠٠ ج٤ و نبذ منه في فتح القدير ص٢٠٢ ج٤.

و اذا قضى القاضي لها بنفقة الاعسار، ثم ايسر فخاصمته، تمم لها نفقة الموسر، لان النفقة تختلف بحسب اليسار و الاعسار، و ما قضي به تقدير لنفقة لم تجب. فاذا تبدل حاله لها(١) المطالبة بتمام حقها و اذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها و طالبته بذلك، فلاشيء لها الا ان يكون القاضي فرض لها النفقة، او صالحت الزوج على مقدار نفقتها(٢)

العجز عن الانفاق، فان رفع هذا القضاء الى قاض آخر، فان اجاز قضاءه فالصحيح انه لاينفذ، لان هذا القضاء ليس في مجتهد فيه لما ذكرنا ان العجز لم يثبت(٣) (و اذا قضى القاضي لها بنفقة الاعسار ثم ايسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر) اي تمم القاضي لها نفقة الرجل الموسر (لان النفقة تختلف بحسب اليسار و الاعسار) لانها تجب شيئا فشيئاً فيعتبر حالها في كل وقت (و ما قضي به) كلمة ما مبتدأ و قضى مجهول و يجوز ان يكون معلوماً، اي ما قضى به القاضي، و الضمير في به يرجع الى المبتدأ و هو قوله ما وهي موصولة بمعنى الذي فافهم و قوله (تقدير) بالرفع خبر المبتدأ و هذا جواب(٤) عما يقال ينبغي ان لايتمم لها نفقة اليسار لان فيه نقض القضاء الاول، فاجاب بان ما قضي به تقدير (لنفقة لم تجب) لان النفقة تجب شيئاً فشيئاً و تقدير ما ليس بواجب لا يكون لازماً لجواز تبدل السبب الموجب قبل وجوبه. فاذا لم يكن لازما لم يستحكم فيه حكم الحاكم (فاذا تبدل حاله) اي حال الزوج بان صار موسراً (فلها المطالبة بتمام حقها) و الفرض السابق لايمنع الاتمام لانه فرض قبل الوجوب، فلايتقرر حكمه، و ذلك مثل المعسر اذا حنث في يمينه، فشرع في صوم الكفارة، ثم ايسر يجب التكفير بالمال لزوال الاعسار (و اذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها) اي على المراة في هذه المدة (و طالبته بذلك) اي و طالبت الزوج بما كان لها من النفقة (فلاشيء لها) يعني عندنا، لان النفقة لاتصير ديناً بمضي المدة، كنفقة الاقارب (الا ان يكون القاضي فرض لها النفقة) هذا استثناء من قوله فلاشيء لها، حاصله ان النفقة لاتصير دينا في الذمة الا باحد شيئين، احدهما بفرض القاضي النفقة و الآخر هو قوله (او صالحت الزوج على مقدار منها) اي من النفقة و به قال احمد في رواية و قال الشافعي(٥) و مالك و احمد رحمهم الله تعالى في رواية، تصير ديناً بلاقضاء و لا تراض الا عند مالك لو اقامت عنده سنين، و هو ملئ و ادعت عليه انه لم ينفق عليها، و الزوج يدعي الانفاق، فالقول له

---

(١) لها - ن - فلها. (٢) نفقتها - ن - منها. (٣) لم يثبت و قد تعقبه في فتح القدير بقوله و اعلم ان الفسخ اذا غاب الخ فرد عليه صاحب البحر بقوله و هذا لايرد ما قاله ظهير الدين لوجهين الخ راجعهما ان شئت. (٤) و هذا جواب الخ كذا في العناية. (٥) و قال الشافعي الخ راجع المغني ص٢٤٩ ج٩ و تكملة شرح المهذب ص٢٧٥ ج١٨.

فيقضي لها بنفقة ما مضى، لان النفقة صلة و ليست بعوض عندنا على ما مر من قبل، فلايستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء، كالهبة لاتوجب الملك الا بمؤكد، و هو القبض. و الصلح بمنزلة القضاء، لان ولايته على نفسه اقوى من ولاية القاضي، بخلاف المهر، لانه عوض. و ان مات الزوج بعد ما قضي عليه بالنفقة، و مضى شهور، سقطت النفقة.

مع يمينه، و كذا في غيبته. اما لو اكلت معه، سقطت نفقتها عند مالك و الشافعي، في الاصح ذكره في المنهاج (فيقضى لها بنفقة ما مضى) هذه نتيجة قوله الا ان يكون القاضي فرض لها الى آخره (لان النفقة صلة) هذا تعليل لقوله، فلاشيء لها بيان ذلك ان النفقة صلة (و ليست بعوض عندنا) خلافاً للشافعي و من معه (على ما مر من قبل) اشار به الى ما ذكره من الدليل في قوله، و ان كانت صغيرة لايستمتع بها، فلا نفقة لها. كذا قاله الاترازي، و قال الاكمل يريد به قوله ان المهر عوض عن الملك، و لايجتمع العوضان عن معوض واحد، فان قيل(١) ما تقدم يدل على انها ليست بعوض عن البضع، لكن لاينافي ان تكون عوضاً عن الاستمتاع بها و القيام عليها قلت ينافيه لانه لما صح العقد كان الاستمتاع بها و القيام عليها تصرفاً في ملكه، و ذلك لايوجب على المالك عوضاً. فان قيل لو كانت صلة، لما وجبت على المكاتب، اجيب بانها صلة من وجه و ما هذا شانه يجب على المكاتب كالخراج و اذا ثبت انها صلة (فلايستحكم الوجوب فيها) اي في النفقة (الا بالقضاء) اي بقضاء القاضي (كالهبة لاتوجب الملك الا بمؤكد و هو القبض و الصلح) اي صلح المراة معه على شيء (بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه اقوى من ولاية القاضي) لان له ان يلتزم بالنفقة فوق ما يلزمه القاضي بالمعروف، فكان صلحه بمنزلة القضاء بل اولى (بخلاف المهر) متصل بقوله و ليست بعوض حيث يجب بلاقضاء و لا تراض (لانه) اي لان وجوبه بكلوس (عوض) الا ترى انه اذا تزوجها و لم يسم لها مهراً فدخل بها او مات عنها يلزمه مهر المثل (و ان مات الزوج بعد ما قضى عليه بالنفقة و مضى شهور سقطت النفقة) خلافاً للائمة الثلاثة رحمه الله تعالى قال الكاكي هذا(٢) اذا فرض لها النفقة، و لم يامرها بالاستدانة فاما اذا امرها بالاستدانة على الزوج، فاستدانت، ثم مات احدهما، لايبطل ذالك ذكره الحاكم الشهيد في المختصر. و ذكر الخصاف انه يبطل. و الصحيح ما ذكره في المختصر لان استدانتها بامر القاضي، و للقاضي ولاية عليه فكانت بمنزلة استدانة الزوج بنفسه. و فيه لايسقط بموت احدهما. كذا ههنا و كذلك في الطلاق، يعني ان الديون المستدانة هل تسقط بالطلاق(٣) فعلى روايتين،

---

(١) فان قيل الخ كذا في العناية ص٤٠٢ ج٤. (٢) هذا الخ كذا في الشروح الثلاثة. (٣) هل تسقط بالطلاق الخ راجع للتفصيل البحر ص٢٠٦ ج٤.

و كذا اذا ماتت الزوجة، لان النفقة صلة، و الصلات تسقط بالموت، كالهبة تبطل بالموت قبل القبض. و قال الشافعي رحمه الله تعالى تصير ديناً قبل القضاء، و لاتسقط بالموت لانه عوض عنده، فصار كسائر الديون، و جوابه قد بيناه. و ان اسلفها نفقة السنة، اي عجلها ثم مات، لم يسترجع منها بشيء. و هذا عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى يحتسب لها نفقة ما مضى و

في رواية لايسقط و هو الصحيح كذا في الذخيرة. (و كذا اذا ماتت الزوجة لان النفقة صلة، و الصلات تسقط بالموت، كالهبة تبطل بالموت) اي بموت الواهب او بموت الموهوب له (قبل القبض) فان قيل الهبة متاكدة بالقبض و النفقة متاكدة بعد القضاء فينبغي ان لاتسقط كالهبة المتاكدة بالقبض. قلنا قال في الايضاح و ان صارت النفقة ديناً عليه بالقضاء، و لكن معنى الصلة(١) لا يبطل و الصلات تبطل بالموت انتهى. قلت قال الكاكي الدليل على ان معنى الصلة لايبطل فيها انه لم ينقل احد من السلف و الخلف الوصية بنفقة فيما اذا مضت مدة، و لا باخراجها عن تركته كسائر الديون و قد حكمت الشافعية بنفقة ستين سنة او اكثر اذا انكرت انفاقه عليها، و جعلوها كسائر الديون، و بعد هذا لايخفى ما فيه و جماعة من اصحاب الشافعي لايرضون بهذا الحكم. (و قال الشافعي رحمه الله تعالى تصير ديناً قبل القضاء، و لاتسقط بالموت لانه عوض عنده فصار كسائر الديون) قال في شرح الاقطع قال الشافعي رحمه الله تعالى انها توخذ من تركة الزوج، و قال في الشامل و عن محمد رحمه الله تعالى ان يؤدي من ماله (و جوابه قد بيناه) اي جواب الشافعي على قوله ان النفقة عوض قد بيناه في مسالة، و ان كانت صغيرة لايستمتع بها لا نفقة لها. و هو ما ذكره بقوله و لنا في المهر عوض عن الملك، و لايجتمع العوضان عن معوض واحد(٢) (و ان اسلفها) هذا لفظ القدوري و فسره المصنف بقوله اي عجلها (نفقة السنة ثم مات) اي الزوج (لم يسترجع منها بشيء) اي لم يرجع على المراة بشيء (و هذا) اي عدم الاسترجاع (عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى) و لم يذكر هذا القدوري، فلذلك قال المصنف و هذا باسم الاشارة، و ذكر الخصاف في كتاب النفقات الخلاف بين ابي يوسف و محمد و لم يذكر خلاف ابي حنيفة، و كذلك ذكر الولوالجي في فتاواه، و كذا الخلاف لو ماتت المراة، و سواء كانت قائمة او هالكة (و قال محمد رحمه الله تعالى يحتسب لها نفقة ما مضى و

---

(١) لكن معنى الصلة لايبطل الخ و في العناية ص٢٠٥ ج٤ لان المعنى من الصلة ان يجب المال بمقابلة ماليس بمال و هذه كذالك. (٢) عن معوض واحد - فلاتكون النفقة عوضا عن البضع العناية.

ما بقي للزوج(١) و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى و على هذا الخلاف الكسوة، لانها استعجلت عوضاً عما تستحقه عليه بالاحتباس، و قد بطل الاستحقاق بالموت، فيبطل العوض بقدره، كرزق القاضي، و عطاء المقاتلة، و لهما انه صلة، و قد اتصل به القبض. و لا رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة. و لهذا لو هلكت من غير استهلاك لايسترد شيء منها بالاجماع. و عن محمد رحمه الله تعالى انها اذا قبضت نفقة الشهر أو ما دونه لايسترجع منها بشيء(٢) لانه يسير، فصار في حكم الحال. و اذا تزوج العبد حرة، فنفقتها دين عليه يباع فيها، و معناه اذا تزوج

ما بقي للزوج و هو قول الشافعي) و به قال احمد رحمهما الله تعالى و في البدائع و ترد الباقي و المستهلك و في الهالك لاترد بالاتفاق. و كذا في الينابيع و ادب القاضي، و الذخيرة، و فيه الموت(٣) و الطلاق قبل الدخول سواء. و في نفقة المطلقة اذا مات الزوج فالجواب كذلك و في شرح الاقضية اختلفوا، فقيل لايسترد بالاتفاق، لان العدة قائمة في موته (و على هذا الخلاف) اي الخلاف المذكور بين ابي حنيفة و صاحبيه (الكسوة) اذا اعجلها سنة ثم مات (لانها استعجلت عوضاً عما تستحقه عليه بالاحتباس) اي بسبب الاحتباس (و قد بطل الاستحقاق بالموت فيبطل العوض) و هو الذي كانت تستحقه عليه بالاحتباس (بقدره) اي بقدر بطلان الاحتباس كما اذا اعطى النفقة ليتزوجها، فمات قبل التزوج (كرزق القاضي) اي اخذ القاضي رزق مدة، ثم مات قبل تمام المدة يرد فيما بقي بحساب ذلك (و عطاء المقاتلة) اذا احرزوا ارزاقهم مدة ثم ماتوا قبل تمام المدة يسترد منهم فيما بقي من المدة (و لهما) اي و لابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (انه صلة، و قد اتصل به القبض و لا رجوع في الصلات بعد الموت، لانتهاء حكمها كما في الهبة و لهذا لو هلكت) اي النفقة (من غير استهلاك لايرد شيء منها) اي من النفقة (بالاجماع) بين ائمتنا وغيرهم (و عن محمد رحمه الله تعالى) اي و عن محمد رواها ابن رستم عنه (انها اذا قبضت نفقة الشهر او ما دونه، لايسترجع منها بشيء لانه) اي لان الشهر او ما دونه (يسير فصار في حكم الحال) اي صار الشهر و ما دونه في حكم الحال، يعني ان نفقة الحال لاتسترد، فكذلك نفقة الشهر و ان كان اكثر من شهر ترك منها مقدار نفقة شهر استحساناً و يسترد من تركتها ما زاد على ذلك (و اذا تزوج العبد حرة، فنفقتها دين عليه يباع فيها) اي يباع العبد في نفقة الحرة، و هذه من مسائل القدوري، و قال المصنف (و معناه) اي معنى هذا الكلام (اذا تزوج)

---

(١) للزوج – ن – فهو للزوج. (٢) بشيء – ن – شيء (٣) الموت و الطلاق الخ كذا في فتح القدير ص٥٠٢ ج٤.

باذن المولى، لانه دين وجب في ذمته لوجود سببه، و قد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته، كدين التجارة في العبد التاجر. و له ان يفدى(١)، لان حقها في النفقة لا في عين الرقبة، و لو مات العبد سقطت،

اي العبد (باذن المولى) و انما فسره بهذا التفسير، لانه اذا تزوج بغير اذن مولاه، لايصح العقد، و انما قيد بالحرة، لان المراة اذا كانت امة، لاتستحق النفقة قبل البيتوتة على ما يجيء ان شاء اللّه تعالى (لانه) اي لان النفقة ذكره باعتبار الانفاق (دين وجب في ذمته) لان النفقة من احكام العقد، فيستوي فيها الحر و المملوك كالدين (لوجود سببه و هو العقد و قد ظهر وجوبه في حق المولى) لأن السبب كان باذنه و كان راضيا بوجوب النفقة عليه (فيتعلق برقته) اي برقبة العقد (كدين التجارة في العبد التاجر) الماذون تتعلق الديون برقبته (و له) اي للمولى (ان يفدى) اي ان يفديه المولى (لان حقها) اي حق المراة (في النفقة لا في عين الرقبة) اي رقبة العبد. فاذا اوفاها المولى نفقتها لايبقى حقها في النفقة بعد ذلك، فلايباع العبد، و كذا الحكم في المدبر و المكاتب، اذا تزوجها باذن المولى بحرة او امة بعد البيتوتة، حيث تجب النفقة عليهما، و لكنهما لايباعان في النفقة و المهر، لانهما لايحتملان النقل من ملك الى ملك، بل يؤمران بالسعاية. ثم اذا بيع العبد في النفقة، و اجتمع عليه النفقة مرة اخرى يباع ايضا قال شمس الائمة السرخسي(٢) و ليس في شيء من ديون العبد ما يباع فيه مرة بعد مرة، الا النفقة يتجدد وجوبها بمضي الزمان، فذلك في حكم دين حادث قال الولوالجي في فتاواه اذا بيع في المهر مرة و بقي شيء من المهر، فان لم يف الثمن بكل المهر، لايباع مرة اخرى، بل يتاخر الى ما بعد العتق. و في الكافي للحاكم الشهيد و شرحه للسرخسي(٣) اذا كان للعبد او المدبر ولد من امراته لم يكن عليه نفقة الولد، لانها ان كانت امة، فالولد ملك لمولاها و نفقة المملوك على المالك دون الاب و ان كانت حرة، فولدها يكون حراً، و لاتجب نفقة حر على مملوك و لا على مولاه، لان ولده اجنبي منه، و كذلك المكاتب لاتجب عليه نفقة ولده، سواء كانت المراة حرة او امة، لهذا المعنى و اتفقت الائمة الاربعة رحمهم اللّه تعالى(٤) في وجوب النفقة على العبد، لكن لايباع العبد في النفقة عند الشافعي و احمد، و يثبت لها الخيار في الفرقة عند الشافعي و عند احمد على سيده، و في رواية في كسبه و في الماذون له في التجارة فيما في يده، و لها ان تفسخ ان شاءت (و لو مات العبد سقطت) اي لو مات العبد الذي تزوج باذن المولى سقطت النفقة، و لايؤاخذ المولى

---

(١) يفدى - ن - يفتدى. (٢) السرخسي في المبسوط ص١٩٨ ج٦ باب نفقة العبد. (٣) السرخسي في المبسوط ص١٩٩ ج٦ و نحوه في فتح القدير ص٢٠٦ ج٤. (٤) الاربعة الخ راجع المغنى ص٢٧٤ ج٩.

و كذا اذا قتل في الصحيح لانه صلة و ان تزوج الحرامة فبواها مولاها معه منزلاً، فعليه النفقة لانه تحقق الاحتباس، و ان لم يبوئها فلانفقة لها لعدم الاحتباس، و التبوئة ان يخلي بينها و بينه في منزله، و لايستخدمها. و لو استخدمها بعد التبوئة سقطت النفقة لانه فات الاحتباس و التبوئة غير لازمة على ما مر في النكاح. و لو خدمته الجارية احياناً من غير ان يستخدمها، لايسقط(١) النفقة لانه لم يستخدمها ليكون استرداداً، و المدبرة و ام الولد في هذا كالامة.

بشيء من ذلك لفوات محل الاستيفاء (و كذا) اي و كذا تسقط النفقة (اذا قتل) اي العبد لان المقتول ميت باجله و قد عرف في موضعه (في الصحيح) قيد به احترازاً عن قول الكرخي، لانه قال ينتقل الى قيمته، قال القدوري هذا ليس بصحيح، و الصحيح السقوط بالموت (لانها) اي لان النفقة (صلة) فتبطل بالموت (و ان تزوج الحرامة فبواها مولاها معه منزلاً، فعليه النفقة) و في بعض النسخ و ان تزوج الرجل امة و هذا اولى لعمومه، لان الحكم لايختلف بين ان تكون الامة تحت حر، او عبد نص عليه الحاكم الشهيد في مختصر الكافي (لانه تحقق الاحتباس) فتجب النفقة (و ان لم يبوأها فلانفقة لها لعدم الاحتباس) اي من قبل الزوج، فان قيل(٢) احتباس المولى بحق له شرعاً، فكان كاحتباس الحرة نفسها لصداقها، فينبغي ان لاتسقط. قلنا ليس كذلك، لان في احتباس الحرة لصداقها فوت الاحتباس عن الزوج حين امتنع عن اداء صداقها و هنا التفويت ليس من قبل الزوج (و التبوئة ان يخلى بينها و بينه في منزله و لايستخدمها) هذا تفسير لقوله فبوأها و هي ان يخلى المولى بين امته و بين الزوج في منزله(٣) و لا يستخدمها اي الامة، و هو بالنصب عطفاً على قوله ان يخلي (و لو استخدمها) اي و لو استخدم المولى امة (بعد التبوئة سقطت النفقة، لانه فات الاحتباس) فلايجب شيء (و التبوئة غير لازمة على ما مر في النكاح) اي في باب نكاح الرقيق، حيث قال اذا بوأها ثم بدا له ان يستخدمها، كان له ذلك لان حق المولى لم يزل بالتبوئة كما لم يزل بالنكاح (و لو خدمته الجارية احياناً من غير ان يستخدمها، لاتسقط النفقة، لانه لم يستخدمها ليكون استردادا) اي للتبوئة، و كانت الخدمة من الجارية من غير استخدام المولى (و المدبرة و ام الولد في هذا) اي في عدم وجوب النفقة (كالامة) يعني كما ان الامة لا نفقة لها، قبل التبوئة فكذلك المدبرة و ام الولد لا نفقة لهما قبل التبوئة، بخلاف المكاتبة، حيث تجب لها النفقة، اذا لم تحبس نفسها منه ظالمة، و لاتشترط التبوئة، لان

---

(١) لايسقط - ن - لاتسقط. (٢) فان قيل الخ كذا في العناية. (٣) في منزله اي في منزل الزوج البحر.

فصل

و على الزوج ان يسكنها في دار مفردة، ليس فيها احد من اهله، الا ان تختار ذلك، لان السكنى من كفايتها، فيجب(١) لها كالنفقة. و قد اوجبه الله تعالى مقروناً بالنفقة،

السيد ليس له ان يستخدمها، و لا يملك منعها من الزوج، لانها صارت اخض بنفسها و منافعها بالكتابة، فلو ضاعت(٢) الكسوة او النفقة او سرقت، لم يجدد حتى يمضي الوقت بخلاف المحارم و الفرق ان نفقة المحارم مقدرة بالحاجة، بخلاف الزوجة، فانها غير مقدرة بالحاجة في حقها، حتى تاخذها مع الغناء بخلاف المحارم، لانه لا يفرض لهم مع غنائهم اذا كان الزوج صاحب مائدة(٣) و طلبت المراة الفرض، لايفعل. و في خزانة الاكمل قول القاضي استديني عليه كذا فرض عليه، و لو قال الزوج استديني، لايصير فرضا ما لم تقل علي و ينبغي ان يكون لها فراش على حدة، و لم يكتف بفراش واحد لهما، لانه قد تعتزل عنه في الحيض و المرض. و قد جاء(٤) فراش لك و فراش لاهلك و فراش لضيفك و الرابع للشيطان. و لو اختلفا في اليسرة و العسرة، فالقول له مع يمينه، و البينة لها و به. قال الشافعي و ابوثور و ذكر محمد في الزيادات ان القول لها مع يمينها.

(فصل)

اي هذا فصل، و لما فرغ من بيان النفقة شرع في بيان السكنى قال (و على الزوج ان يسكنها) اي يسكن امراته (في دار مفردة ليس فيها احد من اهله) كامه و اخته واحد من قراباته، لان السكنى حقها، فليس للزوج ان يترك غيرها معها، كالنفقة. (الا ان تختار ذلك) اي اسكان غيرها معها (لان السكنى من كفايتها، فتجب لها كالنفقة، و قد اوجبه الله تعالى مقروناً بالنفقة) اراد به ما ثبت في قراءة(٥) ابن مسعود رضي الله تعالى عنه في قوله تعالى اسكنوهن

---

(١) فيجب – ن – فتجب. (٢) فلوضاعت الخ راجع البحر ص١٩٣ ج٤. (٣) صاحب مائدة الخ و في المبسوط للسرخسي ص١٨١ ج٥ اذا كان الرجل صاحب مائدة و طعام كثير تتمكن هي من تناول مقدار كفايتها فليس لها ان تطالب الزوج بفرض النفقة الخ. (٤) و قد جاء فراش لك الخ لفظ حديث جابر بن عبدالله رضي الله تعالى عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له فراش للرجل و فراش لامرأته و الثالث للضيف و الرابع للشيطان رواه مسلم كتاب اللباس باب كراهة ما زاد على الحاجة من الفراش و اللباس ص١٩٤ ج٢ و ابوداود كتاب اللباس. باب في الفرش ص٢١٨ ج٢. (٥) في قراءة ابن مسعود رضي الله تعالى عنه الخ و في الكفاية ص٢٠٧ ج٤ قال الامام ابومنصور الماتريدي رحمه الله تعالى تاويل هذه الآية اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم و انفقوا عليهن من وجدكم يدل على صحة هذا التاويل قراءة ابن مسعود رضي الله تعالى عنه و انفقوا عليهن من =>

و اذا وجب حقاً لها ليس له ان يشرك غيرها فيه لانها تتضرر به فانها لاتامن على متاعها و يمنعها(١) عن المعاشرة مع زوجها و من الاستمتاع الا ان تختار(٢) لانها رضيت بانتقاص حقها. و ان كان له ولد من غيرها فليس له ان يسكنه معها لما بينا، و لو اسكنها في بيت من الدار مفرد،

من حيث سكنتم من وجدكم(٣) اي من طاقتكم يعني ما تطيقونه. و قال الاترازي ما كان يحتاج صاحب الهداية ان يقول، اوجبه الله مقروناً بالنفقة، لان القران في النظم لايدل على القران في الحكم، فلو اقتصر على قوله اسكنوهن انتهى. قلت لو اقتصر هو عن الكلام لكان اولى و اجدر، لانه لم يكن في صدد البحث في ان القران في النظم هل يوجب القران في الحكم اولا، و انما ذكره بحسب ظاهر قراءة ابن مسعود رضي الله تعالى عنه على ان في هذا خلافاً بين الاصوليين (و اذا وجب) الاسكان حال كونه (حقا لها، ليس له ان يشرك غيرها فيه، لانها تتضرر به) اي باسكان الغير معها (فانها لاتامن على متاعها) و اثاث بيتها (و يمنعها ذلك) اي اسكان الغير معها (عن المعاشرة مع زوجها) لان الغير يبقى مثل الراقوب عليها (و من الاستمتاع) بالجماع و دواعيه. و قيل اذا كان هناك صغير جداً، لايفهم الجماع لاينبغي ان يمنع. و في الفتاوى ليس له ان يسكنها مع امة في بيت واحد. و ان اسكنها في بيت من داره و الامة في بيت جاز له ذلك. و الصحيح انه يحتاج الى استخدامها في كل ساعة، فله ان يسكنها معها للضرورة، لكن يكره ان يجامعها بحضرة امته و في الخزانة معه عشرة من الخدم، يحل له وطأهن، و تصح الخلوة معهن. و كذا مع ضرتها و نقل في خلاصة الفتاوى(٤) عن ادب القاضي للخصاف شكت المراة عند القاضي، ان الزوج يضربها، فطلبت ان يسكنها عند قوم صالحين، ان علم به زجره، و ان لم يعلم ان كان جيرانه صالحين اقرها هناك و لكن يسالهم ان اخبروه كما شكت زجره و ان لم يكونوا صالحين او يميلون اليه امره بالاسكان عند قوم صالحين (الا ان تختار ذلك) اي تختار المراة اسكان الغير معها (لانها رضيت بانتقاص حقها) لان المنع كان لحقها، فاذا اسقطت حقها لايبقى لها كلام (و ان كان له ولد من غيرها) اي من غير امراته التي معه (فليس له ان يسكنه) اي ولده (معها لما بينا) اشار به الى قوله لانها تتضرر (و لو اسكنها) اي امراته (في بيت من الدار مفرد

=> وجدكم انتهى و كذالك في العناية. (١) و يمنعها - ن - و يمنعها ذالك. (٢) تختار - ن - تختاره - ن - تختار ذالك. (٣) وجدكم - الطلاق - ٦. (٤) خلاصة الفتاوى الخ و كذالك في الفتاوى الهندية ص٥٥٦ ج١ عن المحيط و نحوه في الكفاية و الفتح و البحر ص٢١١ ج٤.

و له غلق، كفاها لان المقصود قد حصل، و له ان يمنع والديها و ولدها من غيره و اهلها من الدخول(١) عليها، لان المنزل ملكه، فله حق المنع من دخول ملكه، و لايمنعهم من النظر اليها و كلامها في اي وقت اختاروا، لما فيه من قطيعة الرحم، و ليس له في ذلك ضرر و قيل لايمنع من الدخول و الكلام و انما يمنعهم من القرار لان الفتنة في اللباث و تطويل الكلام. و قيل لايمنعها من الخروج الى الوالدين، و لايمنعهما من الدخول عليها في كل جمعة. و في غيرهما من المحارم التقدير بسنة و هو الصحيح.

و له غلق، كفاها لان المقصود قد حصل) و قال الفقيه ابوالليث في الفتاوى عن ابي بكر الاسكاف، انه قال اذا كان في الدار بيوت، و قد فرغ لها بيتا منها لم يكن لها ان تطلب من الزوج بيتاً آخر، لانه حينئذ يمكنه ان يجامعها من غير كراهة (و له) اي للزوج (ان يمنع والديها و ولدها من غيره) اي من غير هذا الزوج (و اهلها) قرابتها (الدخول عليها) اي على المراة و الدخول منصوب بقوله ان يمنع (لان المنزل ملكه) اي ملك الزوج (فله حق المنع من دخول ملكه) كما في سائر منازله (و لايمنعهم من النظر اليها) اي الى المراة (و كلامها) اي لايمنعهم ايضا كلامهم معها (في اي وقت اختاروا لما فيه) اي في المنع من النظر و الكلام (من قطيعة الرحم) و هي حرام لما روى في الصحيح(٢) عن جبير بن مطعم رضي الله تعالى عنه انه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول لايدخل الجنة قاطع (و ليس له في ذلك ضرر) اي ليس للزوج في نظرهم اليها، و كلامهم معها ضرر (و قيل لايمنعهم من الدخول و الكلام، و انما يمنعهم من القرار، لان الفتنة في اللباث) اي في اللبث و هو المكث (و تطويل الكلام) لان تطويل الكلام يؤدي الى القال و القيل فينتج الشر و الفساد (و قيل لايمنعها من الخروج الى الوالدين) لاحتمال انهما لا ياتيان اليها. فاذا منعها زوجها عن الخروج اليهما توهم فيها العقوق الذي هو من الكبائر (و لا يمنعهما من الدخول عليها) اي و لا يمنع الزوج والديها من الدخول عليها (في كل جمعة) و عليه الفتوى (و في غيرهما) اي في غير الوالدين من المحارم (التقدير بسنة) مرة واحدة (و هو الصحيح) احترز به عن محمد بن مقاتل، فانه قال لايمنع المراة من زيارة المحرم في الشهر مرة او مرتين، و على هذا الخلاف، خروجها لعمها و خالها. و عن الحسن لايمنعها من زيارة الاقارب في كل شهرين او ثلاث، و لايمنع محارمها من الدخول عليها في كل جمعة و يمنعهم من الكينونة

---

(١) من الدخول – ن – الدخول. (٢) الصحيح – البخاري كتاب الآداب باب اثم القاطع ص٨٨٥ ج٢.

و اذا غاب الرجل و له مال في يد رجل يعترف به و بالزوجية فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب و ولده الصغار و والديه. و كذا اذا علم القاضي ذلك، و لم يعترف به لانه لما اقر بالزوجية و الوديعة، فقد اقر ان حق الاخذ لها، لان لها ان تاخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه و اقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لاسيما ههنا

عندها(١) (و اذا غاب الرجل و له مال في يد رجل يعترف به) اي بالمال انه للغائب (و بالزوجية) اي و يعترف ايضا بان هذه المراة للرجل الغائب (فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب و ولده الصغار و والديه) و كذا يفرض نفقة اولاده الكبار الزمني و الاناث، و قال زفر رحمه الله تعالى لايفرض عنه شيء. كذا في شرح الاقطع، و انما اعتبر اقراره بالمال و الزوجية لان المديون او المودع، اذا جحد الزوجية او المال لم تقبل بينتها على شيء من ذلك اما على الزوجية فلان المودع او المديون ليس بخصم عن الغائب في اثبات النكاح عليه، و الاشتغال من القاضي بالنظر، انما يكون بعد العلم بالزوجية و لم يوجد العلم، فلايؤمر بالنظر، و كان ابوحنيفة اولا يقبل بينتها على الزوجية، ثم رجع و قال لاتقبل (و كذا) اي و كذا يفرض القاضي النفقة لهؤلاء المذكورين (اذا علم القاضي بذلك) اي ما ذكر من الزوجية و المال للغائب (و لم يعترف) اي و الحال ان صاحب اليد لم يعترف (به) اي بما ذكر من الزوجية و المال (لانه) اي لان صاحب اليد (لما اقر بالزوجية و الوديعة فقد اقر ان حق الاخذ لها) اي للمراة (لان لها ان تاخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه) اي من غير رضى الزوج لحديث هند امراة ابي سفيان رضي الله تعالى عنهما خذي من مال زوجك ما يكفيك و ولدك بالمعروف و قد مر عن قريب(٢) فان قيل(٣) يشكل على هذا ما لو احضر صاحب الدين غريماً او مودعاً للغائب، و هما مقران بالدين على الغائب، لايامر القاضي بقضاء دينه من الوديعة و الدين قلنا، ان القاضي يامر في حق الغائب بما هو انظر له و في الامر بالانفاق لهؤلاء نظر له بابقاء ملكه و ليس في قضاء دينه ابقاء ملكه، بل هو قضاء عليه بقول الغير (و اقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره ان يقال، ينبغي ان لايصح اقراره، لانه اقرار على الغائب فاجاب بقوله، و اقرار صاحب اليد، و هو الذي عنده الوديعة، مقبول في حق نفسه لانه اقر بازالة يده، و هي حق على الغائب(٤). (لاسيما ههنا) اي في هذه المسالة، و سيما معناه، خصوصاً ههنا و

(١) عندها راجع لفروع الباب فتح القدير ص٢٠٨ ج٤ و البحر ص٢١٢ ج٤ و الهندية ص٥٥٦ ج١. (٢) عن قريب اي في اوائل باب النفقة. (٣) فان قيل الخ كذا في الكفاية و العناية. (٤) حق على الغائب - و في العناية و اذا ثبت عليه الحق باقراره على نفسه تعدى الى الغائب لكون ما اقر به ملكه انتهى.

هو(١) مركب من السي و كلمة ما، و السي المثل اصله سوى، قلبت الواو ياء و ادغمت الياء في

---

(١) و هو مركب من السي و كلمة ما الخ و قال ابن الهمام رحمه الله تعالى في الفتح ص٢٠٩ ج٤ و لاسيما مركب من لا النافية للجنس و منفيها و هو سي و معناه المثل و هو واحد سيان من قولك هما سيان و اصله سوى (على وزن مثل) قلبت الواو ياء لسكونها بعد كسرة او لاجتماعها مع الياء و سبق احداهما بالسكون فان جررت ما بعد ما كزيد مثلا في قولك اكرمني القوم لاسيما زيد فهو على ان سيا مضاف الى زيد و ما مفحم و ان رفعته فعلى ان سيا يضاف الى ما و هو موصول اسمي حذف صدر صلته و التقدير لا مثل الذي هو زيد و جاز كونه مضافا مع ان اسم لايجب كونه نكرة لانه بمعنى مثل و مثل لايتعرف بالاضافة و خبر لا محذوف و اذا كان كذالك ففي كلا الوجهين خروج عن الاصل في الجر بالزيادة بين المضاف و المضاف اليه و في الرفع بحذف صدر صلة الموصول و هو انما يقاس اذا طالت الصلة و اختار المحققون الجر على الرفع لان زيادة ما اوسع من حذف المبتدأ مع ما ينضم اليه من كونه في خصوص ذالك الموقع و قد يقال زيادة ما في نفسه كثير و لكن بين المتضايفين ممنوع فتكافآ و اما نصب ما بعد ما فقال ابن الدهان صاحب الغرة لا اعرف له وجها. لكن قد روى النصب فيه ايضا فقيل على الظرف و قيل على التشبيه بالمفعول و قيل مجموع لاسيما بمنزلة الا و معنى الاخراج الذي يقتضيه الا فيها هو الاخراج من ذالك الحكم باثبات ما هو ابلغ منه فاذا قلت اكرمني القوم لاسيما زيد فقد اثبت له ابلغ من اكرامهم و قد جاء تخفيفها بحذف احدى الياءين فقيل الاولي لانها ساكنة و هو اضعف من المتحرك فكان حذفه اولى و قيل الثانية لانها لام و الاعلال في الام اولى. انتهى باختصار ما و قال الامام ابن هشام المصرى في مغنى اللبيب ص١٣٩ ج١ سى من لاسيما اسم بمنزلة مثل وزنا و معنى و عينه في الاصل و او و تثنيته سيان و تشديد يائه و دخول لا عليه و دخول الواو على لا واجب. قال ثعلب من استعمله على خلاف ما جاء في قوله الا رب يوم صالح لك منهما و لاسيما يوم بدارة جلجل فهو مخطئ الخ و ذكر غيره انه قد يخفف و قد تحذف الواو. و يجوز في الاسم الذي بعدها الجر و الرفع مطلقا و النصب ايضا اذا كان نكرة و قد روى بهن. و لاسيما يوم (بجر الميم و رفعها) و الجر ارجحها و هو على الاضافة و ما زائدة بينهما مثلها في ايما الاجلين قضيت (سورة القصص الآية ٢٨) و الرفع على انه خبر لمضمر محذوف و ما موصولة او نكرة موصوفة بالجملة والتقدير و لا مثل الذي هو يوم او لا مثل شيء هو يوم و يضعفه في نحو و لاسيما زيد حذف العائد المرفوع مع عدم الطول و اطلاق ما على من يعقل و على الوجهين فتحة سي اعراب لانه مضاف و النصب على التمييز كما يقع التمييز بعد مثل في نحو و لو جئنا بمثله مددا (سورة الكهف الآية ١٠٩) و ما كافة عن الاضافة و الفتحة بناء مثلها في لا رجل و اما انتصاب المعرفة نحو و لاسيما زيدا فمنعه الجمهور و قال ابن الدهان لا اعرف له وجها و وجهه بعضهم بان ما كافة و ان لاسيما نزلت بمنزلة الا في الاستثناء و رد بان المستثنى مخرج و ما بعدها داخل من باب اولي و اجيب بانه مخرج مما افهمه الكلام السابق من مساواته لماقبلها و على =>

فانه لو انكر احد الامرين، لاتقبل بينة المراة فيه، لان المودع ليس بخصم في اثبات الزوجية عليه، و لا المراة خصم في اثبات حقوق الغائب. فاذا(١) ثبت في حقه، تعدى الى الغائب. و كذا اذا كان المال في يده مضاربة، و كذا الجواب في الدين، و هذا كله اذا كان المال من جنس حقها دراهم او دنانير، او طعاما او كسوة من جنس حقها. اما اذا كان من خلاف جنسه، لاتفرض النفقة فيه، لانه يحتاج الى البيع، و لايباع مال

الياء و الاسم بعده مجرور على الاضافة و ما زائدة و يجيء مرفوعاً خبرا لمبتدأ محذوف اذا كانت ما موصولة و يجيء منصوباً بالاستثناء بمعنى الا للاخراج، و لا سيما ايضا للاخراج، و لكن باثبات ما هو الافضل له، تقول اكرمني القوم لاسيما زيداً، يعني ان اكرام زيد اكثر و ابلغ من اكرامهم، فهذا كذلك بيانه ان اقرار صاحب اليد في سائر مواضع مقبول في حق نفسه، و قبل عليه البينة اذا انكر الحق (فانه) اي فان صاحب اليد (لو انكر احد الامرين) اي الوديعة او الزوجية (لاتقبل بنية المراة فيه) اي في احد الامرين لان اقامتها اذا كانت للزوجية فلاتسمع (لان المودع ليس بخصم في اثبات الزوجية عليه) اي على الغائب، و ان كانت اقامتها لاثبات الوديعة فلاتسمع ايضا، لان المراة ليست بخصم، و هو معنى قوله (و لا المراة خصم في اثبات حقوق الغائب، فاذا ثبت في حقه) اي فاذا ثبت(٢) باقراره على نفسه في حقه (تعدى الى الغائب) لكونه ما اقر به ملكه. قال تاج الشريعة كالمنفرد بهلال رمضان، تثبت الرمضانية في حقه، ثم تتعدى الى غيره (و كذا) اي و كذا يفرض القاضي النفقة للمذكورين (اذا كان المال في يده) اي في يد صاحب اليد (مضاربة) بان كان صاحب المال ضاربه ليعمل فيه (و كذا الجواب في الدين) يعني اذا حضرت المراة غريم زوجها الغائب عند القاضي فاعترف بالدين و الزوجية، فرض القاضي النفقة و ان جحد احدهما فلا (و هذا كله) اي هذا الذي قلنا من فرض القاضي النفقة عند اعتراف صاحب اليد بالزوجية و المال كله (اذا كان المال من جنس حقها) اي حق المراة (دراهم او دنانير او طعاماً او كسوة) اي او كان كسوة (من جنس حقها) اي جنس ما يكسى مثلها المراة، يعني فيها الكسوة، لانها جنس حقها المستحق (اما اذا كان من خلاف جنسه) اي من خلاف جنس حقها كالدار و العبد و العروض (لايفرض النفقة فيه، لانه يحتاج الى البيع، و لايباع مال

=> هذا يكون استثناء منقطعاً. انتهى باختصار ما و راجع لسان العرب مادة سوا. (١) فاذا - ن - و اذا. (٢) فاذا ثبت الخ و لفظ العناية و اذا ثبت عليه الحق باقراره على نفسه و لفظ الفتح و اذا ثبت في حقه باقراره ان حق الاخذ لها مما في يده.

الغائب بالاتفاق اما عند ابي حنيفة رحمه اللّه تعالى فلانه لايباع على الحاضر. و كذا على الغائب و اما عندهما فلانه ان كان يقضي على الحاضر، لانه يعرف امتناعه، لايقضي على الغائب، لانه لايعرف امتناعه قال و ياخذ منها كفيلا(١) نظراً للغائب لانها ربما استوفت النفقة او طلقها الزوج، و انقضت عدتها،

الغائب بالاتفاق) عند اصحابنا (اما عند ابي حنيفة رحمه اللّه تعالى فلانه لايباع على الحاضر) يعني لو كان حاضراً ما كان للقاضي ان يبيع ماله، لان بيع القاضي على وجه الحجر، و الحجر على العاقل البالغ باطل عنده. فاذا كان غائباً فبالطريق الاولى، و هو معنى قوله فكذا على الغائب (و اما عندهما) اي عند ابي يوسف و محمد رحمهما اللّه تعالى (فلانه ان كان يقضي على الحاضر) اذا ثبت امتناعه من الحق الذي عليه، و هو معنى قوله (لانه يعرف امتناعه) فيقضى لاجل امتناعه و قوله (لايقضي على الغائب) خبر كان و انما لايقضي عليه (لانه لايعرف امتناعه) و لكن يجوز للابوين بيع عروض الولد الغائب عند ابي حنيفة أستحساناً، و لايتعرض له القاضي، و يصرفان في انفسهما بالمعروف كذا في التحفة(٢) (قال) اي القدوري (و ياخذ منها) اي من المراة (كفيلاً بها) اي بالنفقة (نظراً للغائب) و قال السرخسي(٣) و هذا احسن، و ان لم ياخذه، جاز ذكره في ادب القاضي للخصاف و قال الصدر الشهيد، و الصحيح اخذ الكفيل نظراً للغائب. و لكن القاضي(٤) يحلفها انه لم يعطها النفقة لجواز ان يكون اعطاها نفقتها، قبل ان يغيب. و هي تلبس الامر على القاضي، لتاخذ النفقة ثانياً. ثم اذا حلفت اعطاها النفقة و اخذ منها كفيلا (لانها) اي لان المراة (ربما استوفت النفقة او طلقها الزوج و انقضت عدتها) فلاتستحق شيئاً، ثم الكفالة(٥) بالنفقة تصح، و لايجبر عند محمد. و عند ابي يوسف يجبر

---

(١) له كفيلا – ن – كفيلا بها. (٢) التحفة و نحوه في الهندية ص٥٦٤ ج١. (٣) قال السرخسي الخ لكن في البحر ص٢١٤ ج٤ و اختلف في اخذ الكفيل هل هو واجب على القاضي او حسن. ذهب السرخسي الى الاول و الخصاف الى الثاني و صحح الصدر الشهيد الاول لانه نصب ناظرا للعاجز فيجب عليه النظر اليه و هو في اخذ الكفيل الخ. (٤) القاضي يحلفها الخ و نحوه في المبسوط للسرخسي ص١٩٧ ج٥. (٥) ثم الكفالة الخ و نحوه في البدائع ص٢٨ ج٤ و الفتاوى الهندية ص٥٥٣ ج١ و في فتح القدير ص٢١٢ ج٤ في الفتاوى امراة قالت ان زوجي يطيل الغيبة عني فطلبت كفيلا بالنفقة قال ابوحنيفة ليس لها ذالك و قال ابويوسف آخذ كفيلا بنفقة شهر واحد أستحسانا و عليه الفتوى فلو علم انه يمكث في السفر اكثر من شهر اخذ عند ابي يوسف الكفيل باكثر من شهر و عن ابي يوسف ايضا لو كفل بنفقتها ما عاشت او كل شهر او مابقى النكاح بينهما صح و قال ابوحنيفة هو على شهر واحد و لو ضمن لها نفقة سنة جاز و ان لم تكن واجبة و لو طلقها رجعيا او بائنا و المسئلة =>

فرق بين هذا و بين الميراث اذا قسم بين ورثة حضور بالبينة، و لم يقولوا لانعلم له وارثاً آخر، حيث لايؤخذ منهم الكفيل عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لان هناك المكفول له مجهول. و ههنا معلوم، و هو الزوج و يحلفها بالله عزوجل ما اعطاها النفقة نظراً للغائب. قال و لايقضي بنفقة في مال غائب، الا لهؤلاء و وجه الفرق، هو ان نفقة هولاء واجبة قبل قضاء القاضي، و لهذا كان لهم ان ياخذوا قبل القضاء فكان قضاء القاضي اعانة لهم، اما غيرهم من المحارم، فنفقتهم انما تجب بالقضاء، لانه مجتهد فيه، و القضاء على الغائب

استحساناً ذكره في جوامع الفقه. و في الخزانة تصح الكفالة، و لم يذكر خلافاً، فان اطلق الضمان فهو على شهر عند محمد رحمه الله تعالى على الابد مادام النكاح باقياً، فان ضمن كل شهر، فهو على شهر واحد، و كذا عند كل شهر، فان رجع بعد مضي الشهر، لم يلزمه في الشهر الثاني. و قال ابويوسف رحمه الله تعالى يلزمه ابداً و الاصح رجوعه و لو طلقها يلزم الكفيل نفقة العدة، لانها نفقة النكاح ان كان لها نفقة كل شهر فابرأته صحت عن نفقة شهر واحد، فان كفل بنفقة سنة لزمه ذلك، و كذا لو قال ابداً و ما اشبه به. (فرق) اي ابوحنيفة رحمه الله تعالى فرق (بين هذا) اي بين اخذ الكفيل هنا (و بين الميراث) و في ترك اخذه من الميراث و هو انه (اذا قسم) اي الميراث (بين ورثة حضور) اي حاضرين (بالبينة، و لم يقولوا لانعلم له وارثاً آخر حيث لايؤخذ منهم الكفيل عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لان هناك) اي في مسالة الميراث (المكفول له مجهول) فلايصح (و ههنا) اي في مسالة الكتاب (معلوم) اي المكفول له معلوم (و هو الزوج) فيصح (و يحلفها) اي و يحلف القاضي المراة (بالله عزوجل ما اعطاها) اي الزوج (النفقة نظراً للغائب) و قد ذكرناه الآن (قال) اي القدوري (و لايقضى بنفقة في مال غائب الا لهؤلاء) اي لهؤلاء المذكورين من الزوجة و الاولاد الصغار و الوالدين و الاولاد الكبار الزمني و الاناث (و وجه الفرق) يعني بين قضاء القاضي لهؤلاء المذكورين بالنفقة في مال الغائب. و بين عدم جواز قضائه لغيره كالاخ و العم و سائر ذوي الاقارب (هو) اي وجه الفرق (أن نفقة هولاء المذكورين واجبة قبل قضاء القاضي و لهذا) اي لوجوب نفقة هولاء قبل قضاء القاضي .(كان لهم ان ياخذوا قبل القضاء فكان قضاء القاضي اعانة لهم) اي لهؤلاء (اما غيرهم) اي غير هؤلاء (من المحارم فنفقتهم انما تجب بالقضاء) اي بقضاء القاضي (لانه مجتهد فيه) لان الشافعي رحمه الله تعالى لايقول بوجوب النفقة في غير الولاد (١) فلما كان وجوبها بالقضاء (و القضاء على الغائب

=> بحالها كفل بنفقة عدتها كل شهر لان العدة من احكام النكاح انتهى. (١) غير الولاد و في الكفاية فعند =>

لايجوز و لو لم يعلم القاضي بذلك، و لم يكن مقراً به، فاقامت البينة على الزوجية، او لم يخلف مالاً فاقامت البينة ليفرض القاضي نفقتها على الغائب ويامرها بالاستدانة لايقضي القاضي بذالك لان في ذلك قضاء على الغائب. و قال زفر رحمه الله تعالى يقضي فيه لان فيه نظراً لها، و لاضرر فيه على الغائب، فانه لو حضر و صدقها، فقد اخذت حقها، و ان جحد يحلف فان نكل فقد صدق. و ان اقامت بينة، فقد ثبت حقها، و ان عجزت، يضمن الكفيل او المراة و عمل القضاة اليوم على هذا انه يقضي بالنفقة على الغائب لحاجة الناس، و هو مجتهد فيه، و في هذه المسالة اقاويل مرجوع عنها، فلم نذكرها

لايجوز عندنا) فلايقضى لهم بالنفقة في مال الغائب (و لو لم يعلم القاضي بذلك) متصل بقوله و كذا اذا علم القاضي بذلك، قوله بذلك اي بالزوجية (و لم يكن) اي الرجل المودع (مقراً به) هو متصل بقوله يعترف به و بالزوجية (فاقامت) اي المراة (البينة على الزوجية) اي على انها زوجة له (او لم يخلف) اي الزوج (مالاً فاقامت البينة) على الزوجية اي على انها زوجة له (ليفرض القاضي نفقتها على الغائب و يامرها بالاستدانة لايقضى القاضي بذلك، لان في ذلك قضاء على الغائب) فلايجوز. (و قال زفر رحمه الله تعالى يقضي فيه) يعني يسمع البينة و يعطيها النفقة من مال الزوج، و ان لم يكن له مال، يامرها بالاستدانة (لان فيه نظراً لها، و لا ضرر فيه على الغائب، فانه) اي فان الزوج (لو حضر و صدقها فقد اخذت حقها و ان جحد) اي و ان انكر الزوج ذلك (يحلف(١) فان نكل) اي عن اليمين (فقد صدق) المراة (و ان اقامت بينة فقد ثبت حقها، و ان عجزت) اي عن البينة (يضمن الكفيل او المراة) فان ضمن الكفيل يرجع على المراة (و عمل القضاة اليوم على هذا) اي على قول زفر رحمه الله تعالى (انه يقضى بالنفقة على الغائب لحاجة الناس) اليه (و هو مجتهد فيه) اي بين علمائنا اما(٢) لان فيه خلاف زفر او لان فيه خلاف ابي يوسف على ما ذكر الخصاف مطلقاً، او على قوله الاول على ما ذكره في مختصر الكافي، ثم على قول من يفرض، لاتحتاج المراة الى اقامة البينة على ان الزوج لم يخلف مالا للنفقة (و في هذه المسالة اقاويل مرجوع عنها فلم نذكرها) منها(٣) ان القاضي اذا لم يكن عالماً

=> الشافعي رحمه الله تعالى لاتجب النفقة على غير الوالدين و المولودين و في العناية قيل لان الشافعي لايوجب النفقة لغير الوالدين و المولودين. (١) يحلف اي ان لم تكن للمراة بينة الكفاية. (٢) اما لان فيه خلاف زفر الخ و نحوه في البحر الرائق ص٢١٤ ج٤. (٣) منها الخ كذا في حاشية الهداية لمولنا عبد الحي رحمه الله تعالى ص٤٢٣ ج٢ و راجع الشروح الثلاثة للهداية.

فصل

و اذا طلق الرجل امراته فلها النفقة و السكنى في عدتها رجعياً كان او بائناً، و قال الشافعي رحمه الله تعالى لانفقة للمبتوتة، الا اذا كانت حاملاً، اما الرجعي، فلان النكاح بعده قائم لاسيما عندنا، فانه يحل له الوطء. و اما

بالنكاح، فاقامت البينة على النكاح، تقبل في قول ابي حنيفة وحده الاول، و منها لو اقامت البينة على المودع او المديون الجاحد للنكاح و النفقة تقبل في قول ابي حنيفة اولاً، ثم رجع، قال لايقبل، و منها ان البينة على قول ابي يوسف اولا تقبل، و لكن لاتقضي بالنكاح، كذا في التتمة و الفتاوى الصغرى.

(فصل)

لما فرغ من بيان النفقة و السكنى حال قيام النكاح بينهما شرع في بيان ذلك بعد المفارقة (و اذا طلق الرجل امراته فلها النفقة و السكنى في عدتها رجعياً كان) اي الطلاق (او بائناً) و هو قول(١) عمر بن الخطاب و عبدالله بن مسعود، و عائشة و اسامة بن زيد بن ثابت في رواية، و جابر رضي الله تعالى عنهم في رواية و به قال سعيد بن المسيب، و شريح، و الاسود بن زيد و الشعبي والثوري و الحسن بن حي، و احمد رحمهم الله تعالى في رواية (و قال الشافعي لا نفقة للمبتوتة) و هي التي طلقها ثلاثاً او بعوض حتى وقع الطلاق بائناً عنده، و هو قول ابن عباس و جابر رضي الله تعالى عنهما في رواية، و به قال مالك و احمد في المشهور و عطاء و طاووس و عمرو بن ميمون و عكرمة و الليث بن سعد و داود رحمهم الله تعالى (الا اذا كانت حاملاً) فانها يجب لها بالاجماع خلافاً للظاهرية (اما الرجعي) اي اما الطلاق الرجعي (فلان النكاح بعده قائم لاسيما) اي خصوصاً (عندنا فانه يحل له الوطأ) في الطلاق الرجعي حتى يكون رجوعا (و اما

---

(١) و هو قول عمر بن الخطاب الخ راجع لهذا المبحث عمدة القاري باب قصة فاطمة بنت قيس ص٣٠٧ ج٢٠ و فتح الباري ص٦٠٠ ج٩ و اوجز المسالك عدة المراة في بيتها اذا طلقت ص٤٠٨ ج٤ و تكملة شرح المهذب ص١٦٤ ج١٨ و المغنى ص٢٨٨ ج٩ و اعلاء السنن باب ان المطلقة المبتوتة لها السكنى و النفقة ص٢٩٤ ج١١ و فتح القدير ص٢١٣ ج٤ و قد اطنب ابن الهمام الكلام في هذا المقام فاجاد و افاد و بذل المجهود ص١١١ ج٤ طبع قديم و شرح النووي على المسلم باب المطلقة البائن لانفقة لها ص٤٨٣ ج١ و لفظ النووي في شرح المسلم و اختلف العلماء في المطلقة البائن الحائل (غير الحامل) هل لها النفقة و السكنى ام لا فقال عمر بن الخطاب و ابوحنيفة رضي الله عنهما و آخرون لها السكنى و النفقة و قال ابن عباس و احمد رضي الله عنهما لاسكنى لها و لا نفقة و قال مالك و الشافعي رحمه الله تعالى آخرون يجب لها السكنى و لا نفقة لها انتهى.

البائن فوجه قوله ما روي عن فاطمة بنت قيس رضي الله تعالى عنها قالت طلقني زوجي ثلاثاً، فلم يفرض لي رسول الله صلى الله عليه وسلم سكني و لا نفقة، و لانه لا ملك له و هي مرتبة على الملك، و لهذا لاتجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه، بخلاف ما اذا كانت حاملاً لانا عرفناه بالنص، و هو قوله تعالى و ان كن اولات حمل فانفقوا عليهن.... الآية و لنا ان النفقة جزاء احتباس، على ما ذكرنا، و الاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح، و هو الولد

البائن فوجه قوله) اي قول الشافعي رحمه الله تعالى (ما روي عن فاطمة رضي الله تعالى عنها بنت قيس قالت، طلقني زوجي ثلاثاً، فلم يفرض لي رسول الله صلى الله عليه وسلم السكنى و لا نفقة) هذا الحديث اخرجه الجماعة(١) الا البخاري عن الشعبي عن فاطمة بنت قيس قالت، طلقني زوجي ثلاثاً، فخاصمته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في السكنى و النفقة فلم يجعل لي سكنى و لا نفقة، و امرني ان اعتد في بيت ابن ام مكتوم و فاطمة(٢) بنت قيس بن خالد القرشية الفهرية الصحابية اخت الضحاك بن قيس، و تزوجها ابوعمرو بن حفص و ذكر النسائى ان اسمه احمد، و قال القاضي الاشهر في اسمه عبد الحميد و قيل اسمه كنيته (و لانه لا ملك له) اي لا ملك ههنا (و هي) اي النفقة (مرتبة على الملك) فلاتجب (و لهذا) اي و لاجل عدم الملك (لاتجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه) اي لانعدام الملك (بخلاف ما اذا كانت حاملاً) يعني تجب لها النفقة (لانا عرفناه) اي عرفنا وجوب النفقة للحامل (بالنص و هو قوله تعالى و ان كن اولات حمل فانفقوا عليهن(٣) و لنا ان النفقة جزاء احتباس على ما ذكرنا) و في بعض النسخ على ما بينا، اي في اول النفقة (و الاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح و هو الولد) اي الحكم المقصود بالنكاح هو التوالد و الاستمتاع. قال تاج الشريعة بخلاف المضارب اذا

---

(١) الجماعة الا البخاري مسلم باب المطلقة البائنة لا نفقة لها ص٤٨٥ ج١ و ابوداود باب نفقة المبتوتة ص٣١٨ ج١ و الترمذي باب ما جاء في المطلقة ثلاثا لا نفقة لها و لا سكنى ص١٤١ ج١ و النسائي باب الرخصة في خروج المبتوتة عن بيتها لسكناها ص١١٨ ج٢ و ابن ماجة باب المطلقة ثلاثا هل لها سكنى و نفقة ص١٤٧ و التفصيل في نصب الراية ص٢٧٢ ج٣. (٢) و فاطمة بنت قيس الخ كذا في العمدة و الفتح و قال النووي في شرح المسلم قال الجمهوران زوجها ابوعمرو بن حفص و قيل ابو حفص بن عمرو و قيل ابوحفص بن المغيرة و اختلفوا في اسمه فالاكثرون على ان اسمه عبد الحميد و قال النسائى اسمه احمد و قال آخرون اسمه كنيته انتهى.

(٣) عليهن - الطلاق - ٦.

اذ العدة واجبة لصيانة الولد، فتجب النفقة. و لهذا كان لها السكنى بالاجماع، و صار كما اذا كانت حاملاً. و حديث فاطمة بنت قيس رضي الله تعالى عنها رده عمر رضي الله عنه فانه قال لاندع كتاب ربنا و سنة نبينا بقول امراة لاندري صدقت ام كذبت، حفظت ام نسيت. سمعت رسول الله صلي الله عليه وسلم يقول للمطلقة الثلاث

كان يعمل في المصر، حيث لاتجب نفقته في مال المضاربة، لانه ليس بمحبوس بحق رب المال قصداً و بخلاف الصغيرة التي لايستمتع بها، اما الكبيرة الرتقاء فلها النفقة (اذ العدة واجبة لصيانة الولد، فتجب النفقة، و لهذا كان لها) اي المبتوتة (السكنى بالاجماع)(١) دعوى الاجماع فيه نظر، لان السكنى لاتجب على مذهب الحسن البصري، و عطاء بن ابي رباح و الشعبي و اسحاق و ابراهيم في رواية و اهل الظاهر (و صار) اي حكم المبتوتة (كما اذا كانت حاملاً) وجوب النفقة اذا كانت حاملا لايخلو من احد الامرين اما ان كان لاجل العدة، و لهذا اذا كان الحمل غنياً، بان ورث من اخيه من امه، او اوصى له بها، كما يجب على الزوج نفقة المطلقة الحامل، فلو كان لاجل الولد، لايجب لان نفقة الولد على الاب لاتجب اذا كان الولد غنياً، الا ترى انه اذا انفق على الولد، و لم يعلم بانه غني، ثم تبين بانه غني يرجع عليه، و ههنا لايرجع عليه، و ان كان بحكم الحاكم، فعلم ان النفقة كانت لاجل العدة، و في هذا المعنى الحائل و الحامل سواء فان قلت(٢) اذا كان كذلك، فما فائدة القيد بالحمل في الآية، قلت ان الحائل تستحق النفقة بقدر عدتها ثلاثة اقراء، فوقع الاشكال ان الحامل تستحق النفقة في مقدار هذا الزمان او اكثر، فازال هذا الاشكال و قال ان الحامل تستحق النفقة و ان طالت مدة الحمل بقوله تعالى حتى يضعن حملهن فان قلت انقطعت الزوجية في المبتوتة، فلايجب لها النفقة كالمتوفى عنها زوجها، قلت يمنع صحة القياس، لان النفقة جزاء الاحتباس، و المبتوتة محبوسة عن سائر الازواج في بيت زوجها في عدتها، فتجب لها النفقة كما في الرجعي، بخلاف المتوفي عنها زوجها، لانها ليست بمحبوسة لحق الزوج بل لحق الشرع (و حديث فاطمة رضي الله تعالى عنها) هذا جواب عن حديث فاطمة بنت قيس الذي احتج به الشافعي، تقديره ان حديث فاطمة (رده عمر رضي الله تعالى عنه) يعني ابن الخطاب رضي الله تعالى عنه، (فانه قال لاندع كتاب ربنا و لا سنة نبينا بقول امراة لاندري صدقت ام كذبت حفظت ام نسيت، سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة الثلاث

---

(١) بالاجماع اى بيننا و بين الشافعي رحمه الله تعالى حاشية الهداية. (٢) فان قلت الخ كذا في العناية و الكفاية.

النفقة و السكنى ما دامت في العدة. و رده ايضا زيد بن ثابت و اسامة بن زيد

النفقة و السكنى ما دامت في العدة) هذا الحديث اخرجه مسلم(١) عن ابي اسحاق قال حدث الشعبي بحديث فاطمة بنت قيس رضي الله تعالى عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها سكنى و لا نفقة، فاخذ الاسود كفا من حصى فحصبه به، فقال ويلك تحدث بمثل هذا قال عمر رضي الله تعالى عنه، لا نترك كتاب الله و لا سنة نبينا صلى الله عليه وسلم لقول امراة لاندري لعلها حفظت او نسيت لها السكنى و النفقة. و رواه ايضاً ابوداود و الترمذي و النسائي و الطحاوي و الدارقطني، لكن لاينقل عمر رضي الله تعالى عنه، سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم و لكن روى جابر انه عليه الصلوة و السلام قال للمطلقة ثلاثاً، النفقة و السكنى ذكره عبدالحق، و قد بوب الطحاوي في هذا باباً مطولاً، و امعن الكلام فيه، و شرحناه كما ينبغي. فمن اراد ذلك، فليرجع اليه، قوله لاندع كتاب ربنا يريد(٢) به قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم(٣) و وجه ذلك ان الوجد هو السعة و الغني، و ذلك يرجع االى ما يملك به و اما الاسكان، فانه قد يملك اسكانها من غير ملكه حيث يسكن هو و لايملك الانفاق من غير ملكه، فكان تقديره و الله اعلم ما تلاه ابن مسعود رضي الله تعالى عنه و انفقوا عليهن من وجدكم و قوله سنة نبينا يريد به قوله سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة ثلاثاً النفقة و السكنى ما دامت في العدة (و ردها ايضا زيد بن ثابت) اي رد حديث فاطمة بنت قيس زيد بن ثابت الانصاري رضي الله تعالى عنه و قال مخرج الاحاديث(٤) حديث زيد بن ثابت غريب (و اسامة بن زيد) اي رده ايضا اسامة بن زيد بن حارثة، و قال مخرج الاحاديث، هذا ايضا غريب. قلت ليس كذلك، لان الطحاوي(٥) رواه. حدثنا ربيع المؤذن قال حدثنا شعيب بن الليث، قال ثنا الليث عن جعفر بن ربيعة عن عبدالرحمن بن هرمز عن ابي سلمة بن عبدالرحمن

---

(١) مسلم باب المطلقة البائن لا نفقة لها ص٤٨٥ ج١ و ابوداود ص٣٢٠ ج١ و الترمذي ص١٤١ ج١ و النسائي ص١١٩ ج٢ و الطحاوي باب المطلقة طلاقا بائنا ماذا لها على زوجها في عدتها ص٣٨ ج٢ و الدارقطني ص٢٥ ج٤ و التفصيل في نصب الراية ص٢٧٣ ج٣. (٢) يريد به الخ كذا في العناية. (٣) من وجدكم - الطلاق - ٦. (٤) مخرج الاحاديث - في نصب الراية ص٢٧٤ ج٣. (٥) الطحاوي ص٤١ ج٢ و قال ابن الهمام في الفتح ص٢١٤ ج٣ بعد نقل حديث الطحاوي المذكور هذا مع انه هو الذي تزوجها بامر رسول الله صلى الله عليه وسلم و كان اعرف بالمكان الذي نقلها عنه الى منزله حتى بني بها فهذا لم يكن قطعا الا لعلمه بان ذالك غلط منها او لعلمه بخصوص سبب جواز انتقالها من اللسن او خيفة المكان و قد جاء ذالك ايضا و لم يظفر المخرج رحمة الله تعالى بحديث اسامة فاستغربه و الله الميسر انتهى و كذالك في حاشية نصب الراية ص٢٧٤ ج٣.

و جابر و عائشة رضي الله تعالى عنهم و لا نفقة للمتوفى عنها زوجها ، لان احتباسها ليس لحق الزوج، بل لحق الشرع،

قال، كانت فاطمة بنت قيس تحدث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لها ، اعتدي في بيت ابن ام مكتوم و كان محمد بن اسامة بن زيد يقول كان اسامة اذا ذكرت فاطمة من ذلك شيئا رماها بما كان في يده قال ابوجعفر فهذا اسامة بن زيد قد انكر من ذلك ايضا مثل ما انكره عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه (و جابر رضي الله تعالى عنه) اي رواه ايضا جابر بن عبدالله رضي الله تعالى عنه، و رواه الدارقطني(١) في سننه عن حرب بن ابي العالية عن ابي الزبير عن جابر رضي الله تعالى عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المطلقة ثلاثاً لها السكنى و النفقة (و عائشة رضي الله تعالى عنها) اي روته عائشة رضي الله تعالى عنها ، و اخرجه مسلم(٢) عن عبدالرحمن بن قاسم، عن ابيه، عن عائشة رضي الله تعالى عنها ، انها قالت ما لفاطمة ان تذكر هذا تعني قولها لا سكنى و لا نفقة، و في لفظ البخاري(٣) قالت ما لفاطمة لاتتقي الله في قولها لا سكنى و لا نفقة. (و لا نفقة للمتوفى عنها زوجها لان احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع) و به قال احمد(٤) و الشافعي في قول و هو قول ابن عباس و الحكم بن عيينة و عطاء و ابن سيرين و عبد الملك بن يعلى قاضي البصرة، و الحسن البصري و عامر بن شعيب، و في قول آخر للشافعي، اذا كان للميت مال كثير ينفق عليها من نصيبها ، و ان كان قليلاً ينفق عليها من جميع المال، و في وجوب السكنى له قولان، احدهما لايجب كقولنا. و هو اختيار المزني

(١) الدارقطني ص٢١ ج٤. (٢) مسلم ص٤٨٥ ج١. (٣) البخاري باب قصة فاطمة ص٨٠٢ ج٢. (٤) و به قال احمد الخ و في احكام القرآن للجصاص ص٤٢١ ج١ و قد اختلف اهل العلم في نفقة المتوفى عنها زوجها فقال ابن عباس و جابر بن عبدالله رضي الله تعالى عنهما نفقتها على نفسها حاملا كانت او غير حامل و هو قول الحسن و سعيد بن المسيب و عطاء و قبيصة بن ذويب و عن علي و عبدالله رضي الله تعالى عنهما الحامل اذا مات عنها زوجها فنفقتها من جميع المال و عن ابراهيم قال كان اصحاب عبدالله يقضون في الحامل المتوفى عنها زوجها ان كان المال كثيرا فنفقتها من نصيب ولدها و ان كان قليلا فمن جميع المال و عن ابن عمر قال ينفق عليها من جميع المال و قال اصحابنا جميعا لا نفقة لها و لا سكنى في مال الميت حاملا كانت او غير حامل و قال ابن ابي ليلى هي في مال الزوج اذا كانت حاملا و قال مالك بن انس نفقتها على نفسها و ان كانت حاملا و لها السكنى ان كانت الدار للزوج هذه رواية ابن وهب عنه و قال ابن القاسم عنه لا نفقة لها في مال الميت و لها السكنى ان كانت للميت و الشافعي قولان احدهما لها النفقة و السكنى و الآخر لا نفقة لها و لاسكنى الخ ملخصا.

فان التربص عبادة منها، الا ترى ان معنى التعرف عن براة الرحم، ليس بمراعى فيه حتى لايشترط فيه(١) الحيض، فلاتجب نفقتها عليه، و لان النفقة تجب شيئاً فشيئاً، و لا ملك له بعد الموت، فلايمكن ايجابها في ملك الورثة، و كل فرقة جاءت من قبل المراة بمعصية مثل الردة و تقبيل ابن الزوج، فلانفقة لها لانها صارت حابسة نفسها بغير حق، فصارت كما اذا كانت ناشزة. بخلاف المهر بعد الدخول، لانه وجد التسليم في حق المهر بالوطء و بخلاف ما اذا جاءت الفرقة من قبلها بغير معصية، كخيار العتق و خيار البلوغ

و الثاني يجب، و به قال مالك (فان التربص) المذكور في القرآن (عبادة منها) اي من المراة التي توفي عنها زوجها (الا ترى ان معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعي فيه، حتى لايشترط فيها) اي في عدتها (الحيض، فلايجب نفقتها عليه، و لان النفقة تجب شيئا فشيئاً و لا ملك له بعد الموت، فلايمكن ايجابها في ملك الورثة) قال الطحاوي في مختصره لا سكنى للمتوفى عنها زوجها، و لا نفقة في مال الزوج حاملا كانت او غير حامل. و قال ابوبكر الرازي(٢) قد كانت نفقتها واجبة في مال الميت بقوله وصية لازواجهم متاعاً الى الحول فنسخت هذه النفقة بالميراث و بقوله تعالى يتربصن بانفسهن(٣) فاوجب نفقتها على نفسها لا من مال الزوج (و كل فرقة جاءت من قبل المراة بمعصية مثل الردة و تقبيل ابن الزوج، فلا نفقة لها، لانها صارت حابسة نفسها بغير حق، فصار كما اذا كانت ناشزة) انما قيد بالنفقة احترازاً عن السكنى، لان السكنى واجب لها لان القرار في البيت مستحق عليها، فلايسقط ذلك بمعصيتها، فاما النفقة فواجبة لها، فيسقط ذلك بمجيء الفرقة من قبلها بمعصية. و قال في المبسوط(٤) تسقط نفقة المرتدة لا لعين الردة، بل لانها تحبس فلاتكون في بيت زوجها و المحبوسة بحق عليها لاتستوجب النفقة حال قيام النكاح، فكذا لاتستوجب النفقة في العدة و ان تابت و رجعت الى بيت الزوج، فلها النفقة لعدم الحبس (بخلاف المهر بعد الدخول) حيث(٥) لايسقط (لانه وجد التسليم في حق المهر بالوطء، و بخلاف ما اذا جاءت الفرقة من قبلها) اي من قبل المراة لكن (بغير معصية كخيار العتق) نحو ام الولد اعتقت، و نحو المدبرة اعتقت، و هما عند الزوج قد بوأ المولى لهما بيتاً، فاختارتا الفرقة فلهما النفقة (و خيار البلوغ) نحو الصغيرة ادركت و اختارت نفسها، فلها النفقة

---

(١) فيه - ن - فيها. (٢) الرازي في احكام القرآن ص٤٢٠ ج١. (٣) بانفسهن - البقرة - ٢٢٨. (٤) المبسوط للسرخسي ص٢٠٥ ج٥ و نحوه في الكفاية ص٢١٦ ج٤ و الهندية ص٥٥٨ ج١. (٥) حيث الخ و في الفتح بخلاف المهر بعد الدخول يعني انه يجب لها و ان جاءت الفرقة من جهتها بمعصية لانه وجد الموجب له =>

و التفريق لعدم الكفاءة لانها حبست نفسها بحق، و ذلك لايسقط النفقة، كما اذا حبست نفسها لاستيفاء المهر، و ان طلقها ثلاثاً، ثم ارتدت و العياذ بالله سقطت نفقتها، و ان مكنت ابن زوجها من نفسها، فلها النفقة معناه مكنت بعد الطلاق لان الفرقة تثبت بالطلقات الثلاث و لا عمل فيها للردة و التمكين. الا ان المرتدة تحبس حتى تتوب. و لا نفقة للمحبوسة و الممكنة لاتحبس، فلهذا يقع الفرق.

(و التفريق لعدم الكفاءة) بعد الدخول، فلها النفقة، و كذا للملاعنة النفقة و السكنى، و كذا البائنة بالخلع و الايلاء (لانها حبست نفسها بحق و ذلك لايسقط النفقة كما اذا حبست نفسها لاستيفاء المهر) حيث لاتسقط النفقة (و ان طلقها ثلاثاً ثم ارتدت و العياذ بالله سقطت نفقتها) لان الاسقاط بسببها (و ان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة و معناه) من كلام المصنف معنى قول القدوري (مكنت بعد الطلاق) هذا(١) اذا كان الطلاق بائنا او ثلاثا و اما المعتدة عن طلاق رجعي اذا مكنت ابنه او ارتدت فحبست او لا فلانفقة لها لان النكاح باق فكانت الفرقة حاصلة بمعصية فتسقط النفقة و لا كذلك في الطلاق البائن و قال زفر لا نفقة لها اذا مكنت ابن زوجها في عدتها كما اذا مكنته في حال قيام النكاح لاتجب فكذا هنا (لان الفرقة) هذا التعليل اشارة الى الفرق بين المسالتين المذكورتين احدهما هو قوله، و ان طلقها ثلاثاً ثم ارتدت، و الاخرى هو قوله و ان مكنت ابن زوجها حيث تسقط النفقة في الاولى دون الثانية بيانه هو قوله لان الفرقة (تثبت بالطلقات الثلاثة ولا عمل فيها للردة) اي لا عمل في الفرقة لاجل الردة بل للحبس (و التمكين) اي و لا عمل في الفرقة لاجل التمكين، بل لعدم الحبس (الا ان المرتدة) اي غير ان المرتدة (تحبس حتى تتوب) من الردة (و لا نفقة للمحبوسة و الممكنة) اي المراة التي مكنت ابن زوجها (لاتحبس) فلها النفقة (فلهذا) اي فلهذا التعليل الذي علل للمسالتين (يقع الفرق) بينهما حيث تكون النفقة للمكنة، و لا تكون للمعتدة اذا ارتدت. فروع - ابرأته من النفقة في المستقبل و هي زوجته لايصح. و لو ابرأته عنها في الخلع صح لان الابراء في الخلع ابراء بعوض. و في الاول ابراء قبل الوجود فلايصح، و لو صالحت المعتدة على دراهم ان كانت عدتها بالحيض، لايصح للجهالة و ان كانت بالاشهر، تصح لان المدة معلومة و للملاعنة النفقة و السكنى. و عند الشافعي رحمه الله تعالى لا نفقة لها، و في السكنى قولان تجب في قول و لا تجب في قول.

=> و هو تسليم نفسها فتقرر الحق لها فيه قبل طرو المعصية انتهى. (١) هذا اذا الخ كذا في الكفاية.

فصل

و نفقة الاولاد الصغار

(فصل)

اي هذا فصل لما فرغ من بيان نفقة الزوجة شرع في بيان نفقة الاولاد (و نفقة(١) الاولاد الصغار

(١) و نفقة الاولاد الخ قال المحقق ابن الهمام رحمه الله تعالى في فتح القدير ص٢١٧ ج٤ (قوله و نفقة الاولاد الصغار على الاب لايشاركه فيها احد) قيد بالصغر فخرج البالغ و ليس هذا على الاطلاق بل الاب اما غني او فقير و الاولاد اما صغار او كبار فالاقسام اربعة الاول ان يكون الاب غنيا و الاولاد كبار فاما اناث او ذكور فالاناث عليه نفقتهن الى ان يتزوجن اذا لم يكن لهن مال و ليس له ان يواجرهن في عمل و لا خدمة و ان كان لهن قدرة و اذا طلقت و انقضت عدتها عادت نفقتها على الاب و الذكور اما عاجزون عن الكسب لزمانة او عمى او شلل او ذهاب عقل فعليه نفقتهم و كذا اذا كان من ابناء الكرام لايجد من يستاجره فهو عاجز و كذا طلبة العلم اذا كانوا لايهتدون الى الكسب نفقتهم على آبائهم قال الحلواني و رأيت في موضع هذا اذا كان بهم رشد و قوله لايشاركه فيها احد على الاطلاق في الصغار اما الكبار فعلى الظاهر كما سيأتي و ان لم يكونوا عاجزين لا نفقة لهم الثاني ان يكون الاب غنيا و هم صغار فاما ان يكون لهم مال اولا فان لم يكن فعليه نفقتهم الى ان يبلغ الذكر حد الكسب و ان لم يبلغ الحلم فاذا كان هذا كان للاب ان يؤاجره و ينفق عليه من اجرته و ليس له في الانثى ذلك فلو كان الاب مبذرا يدفع كسب الابن الى أمين كما في سائر املاكه و ان كان لهم مال فاما حاضر او غائب فان كان حاضرا فنفقتهم في مالهم لايجب على الاب شيء منها و ان كان غائبا وجبت على الاب فان اراد ان يرجع في مالهم ينفق باذن القاضي في ذلك فلو انفق بلا امره ليس له الرجوع في الحكم الا ان يكون اشهد ان انفق ليرجع و لو لم يكن اشهد لكن انفق بنية الرجوع لم يكن له في الحكم رجوع و فيما بينه و بين الله تعالى يحل له ان يرجع الثالث ان يكون الاب فقيرا فان كانوا اغنياء و كبارا قادرين فلا اشكال ان نفقته هو عليهم و ان كانوا صغارا اغنياء فكذلك ايضا الرابع ان يكونوا فقراء و هم صغار او كبار عاجزون و الاب ايضا عاجز عن الكسب فالخصاف قال يتكفف الناس و ينفق عليهم و قيل نفقتهم في بيت المال و ان كان قادرا على الكسب اكتسب فان امتنع عن الكسب حبس بخلاف سائر الديون و لايحبس والد و ان علا في دين ولد له و ان سفل الا في النفقة لان الامتناع اتلاف النفس و لايحل للاب ذلك و كذا لو عدا الاب على ابنه بسيف بحيث لايندفع عنه الا بقتله حل له قتله و اذا لم يف كسبه بحاجتهم او لم يكتسب لعدم تيسر الكسب انفق عليهم القريب و رجع على الاب اذا ايسر و في جوامع الفقة اذا لم يكن للاب مال و الجد او الام او الخال او العم موسر يجبر على نفقة الصغير و يرجع بها على الاب اذا ايسر و كذا يجبر الابعد اذا غاب الاقرب ثم يرجع عليه فان كان له ام موسرة فنفقته عليها و كذا اذا لم يكن له اب الا انها ترجع في الاول و ما نقل ابن قدامة عن الائمة الاربعة من عدم الرجوع فيه نظر و ان كان له جد و ام موسران فنفقته عليهما على قدر ميراثهما في ظاهر المذهب و روى =>

على الاب لايشاركه فيها احد كما لايشاركه في نفقة الزوجة لقوله تعالى و على المولود له رزقهن و المولود له هو الاب. و ان كان الصغير رضيعاً فليس على امه ان ترضعه لما بينا ان الكفاية على الاب. و اجرة الرضاع كالنفقة و لانها عساها لاتقدر عليه لعذر بها فلامعنى للجبر عليه.

على الاب لايشاركه فيها احد كما لايشاركه في نفقة الزوجة) هذا الذي ذكره ظاهر الرواية. و عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى ان نفقة الولد على الاب و الام اثلاثا بحسب ميراثهما و باجماع الائمة الاربعة رحمهم الله تعالى تجب نفقة الولد الصغير على الاب. و قال الطحاوي في مختصره و يجبر الرجل على نفقة اولاده الصغار اذا كانوا فقراء ذكوراً كانوا او اناثاً. و ان كانوا كباراً محتاجين اجبر على نفقة الاناث منهم، و لم يجبر على نفقة الذكور منهم و ان كان من ذكورهم من به زمانة كالعمي و الشلل في اليدين و ما اشبه ذلك، فانه يجبر على نفقته (لقوله تعالى و على المولود له رزقهن و كسوتهن(١) و المولود له هو الاب) قيل(٢) وجه الاستدلال ان رزق الوالدات لما وجب على الاب بسبب الولد وجب عليه رزق الولد بطريق الاولى (و ان كان الصغير رضيعاً، فليس على امه ان ترضعه لما بينا) يعني قوله لايشاركه فيها احد (ان الكفاية) هي كفاية الصغير (على الاب و اجرة الرضاع كالنفقة) يعني كما تجب عليه النفقة اذا فطم، يجب عليه ان يستاجر من ترضعه، فتكون اجرة الرضاع كالنفقة تجب عليه (و لانها عساها لاتقدر عليه) اي على الارضاع (لعذر بها) يمنعها من الارضاع (فلا معنى للجبر عليه) اي على الارضاع هذا اذا وجد من يرضعه فان لم يوجد و لم يكن بها علة تجبر صيانة له عن الضياع. و في الذخيرة(٣) لو كان لايوجد من يرضعه او لاياخذ ثدي غيرها تجبر. و ذكر الحلواني في ظاهر الرواية لاتجبر لان الولد يتغذى بالدهن و الشراب و بقية الالبان فلايؤدى ترك اجبارها الى التلف و الى الاول مال القدوري و السرخسي. و قال شمس الائمة السرخسي اذا لم تجبر كان على الاب ان يكتري امراة ترضعه عند الام، و لاينزع(٤) الولد من الام، لان الام اجمعت على ان الحجر لها، لكن لايجب عليها ان تمكث في بيت امه اذا لم يشترط عليها ذلك عند العقد. و كان الولد يستغني عنها في

=> الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله تعالى انها على الجد وحده لجعله كالاب و به قال الشافعي رحمه الله تعالى انتهى. (١) و كسوتهن - البقرة - ٢٣٣. (٢) قيل وجه الاستدلال الخ و نحوه في الشروح الثلاثة. (٣) و في الذخيرة الخ راجع لهذا المبحث البحر ص٢١٩ ج٤ و الفتح ص٢١٨ ج٤ مختصرا و الفتاوى الهندية ص٥٦٠ ج١ مفصلا و المبسوط للسرخسي ص٢٠٨ ج٥. (٤) و لاينزع الولد الخ كذا في الهندية.

و قيل في تاويل قوله تعالى لاتضار والدة بولدها بالزامها الارضاع مع كراهتها، و هذا الذي ذكرنا بيان الحكم و ذلك اذا كان يوجد من يرضعه(١) اما اذا كان لايوجد(٢) من ترضعه، تجبر الام على الارضاع صيانة للصبي عن الضياع. قال و يستاجر الاب من ترضعه عندها اما استئجار الاب، فلان الاجر عليه. و قوله عندها معناه اذا ارادت ذلك، لان الحجر لها

تلك الساعة، بل لها ان ترضع ثم ترجع الى منزلها. و ان لم يشترط ان ترضع عند الام، كان لها ان تحمل الصبي الى منزلها، او تقول اخرجوه، فترضعه عند فناء دار الام ثم يدخل الولد الى الام، الا ان يكون اشترط عند العقد ان يكون الطفل عند الام، فحينئذ يلزمه الوفاء بالشرط. و قال في العمدة، و لايؤاخذ الاب باجرة الرضاع لاكثر من سنتين بالاجماع (و قيل في تاويل قوله تعالى لاتضار والدة بولدها(٣) بالزامها الارضاع مع كراهتها) و لا مولود له بولده بان تطرح الام الولد الى الاب. اذا لم يقبل الصبي الا ثدى امه، و الحاصل ينهى ان يلحق بها الضرر من قبل الزوج و عن ان يلحق الضرر بالزوج من قبل المراة بسبب الولد (و هذا الذي ذكرنا) اي عدم الجبر، و في نسخة الاترازي، و هذا الذي ذكر، ثم فسره بقوله، اي الذي ذكره القدوري بقوله، و ان كان الصغير رضيعاً، فليس على امه ان ترضعه (بيان الحكم) اي القضاء اما من جهة الدين، فيجب عليها ان ترضع. قال الاترازي و لهذا قالوا لايجوز لها ان تاخذ الاجر بالارضاع، لان اخذ الاجرة بازاء ما يجب عليها من حيث الدين، لايجوز. و به صرح في شرح كتاب النفقات، قال، و ظن بعض الشارحين ان المراد من قوله بيان الحكم هو جواب ظاهر الرواية. ثم قال و روى الحسن عن ابي حنيفة ان النفقة على الاب و الام، اثلاثاً بحسب ميراثهما في الولد، و تلك الرواية صحيحة. و لكن الشرح من المشروح كالصب من النون (و ذلك) يعني عدم وجوب الارضاع على الام (اذا كان يوجد من يرضعه) اي من يرضع الصغير، يعني يوجد مرضعة اخرى (اما اذا كان لايوجد من ترضعه) اي مرضعة اخرى (تجبر الام على الارضاع صيانة للصبي عن الضياع) بفتح الضاد مصدر من ضاع يضيع و اما الضياع بالكسر فهو جمع ضيعة (قال) اي القدوري (و يستاجر الاب من ترضعه عندها) اي عند ام الصغير (اما استئجار الاب فلان الاجر عليه، و قوله) اي قول القدوري (عندها معناه اذا ارادت ذلك لان الحجر لها) اي لان التربية لها بحق الحضانة، و لا عليها ان تمكث في بيت الام، الا ان يشترط ذلك، و قد ذكرناه عن قريب فان آجرت نفسها

---

(١) يرضعه - ن - ترضعه. (٢) لايوجد - ن - لاتوجد. (٣) بولدها - البقرة - ٢٣٣.

و ان استاجرها و هي زوجته او معتدته لترضع ولدها لم تجز(١) لان الارضاع مستحق عليها ديانة. قال اللّه تعالى و الوالدات يرضعن اولادهن الا انها عذرت لاحتمال عجزها. فاذا اقدمت عليه بالاجر، ظهرت قدرتها، فكان الفعل واجباً عليها، فلايجوز اخذ الاجر عليه، و هذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة، لان النكاح قائم. و كذا في المبتوتة، في رواية و في رواية اخرى جاز استئجارها لان النكاح قد زال وجه الأولى، انه باق في حق بعض الاحكام و لو استاجرها و هي منكوحته او معتدته لارضاع ابن له من غيرها جاز لانه غير مستحق عليها. و ان انقضت عدتها،

للارضاع، ثم تزوجت، فليس للزوج منعها من ذلك، حتى تنقضي مدة الاجارة و لا فسخها. فاذا نام الصبي او اشتغل بغيرها، فله الاستمتاع بها، و ليس لولي الصبي منعه من ذلك، و به قال الشافعي رحمه اللّه تعالى و قال مالك رحمه اللّه تعالى ليس له وطأها الا برضي الولي. و لو آجرت نفسها للارضاع، يجوز باذن الزوج و بغير اذنه لايجوز لان الحق له و هو احد الوجهين للشافعية، و الثاني يجوز له فسخها ان شاء، و عندنا له فسخها اذا لم يعلم بها، و ليس له منعه من وطئها فاذا حبلت فله فسخها للضرر كما لو مرضت (و ان استاجرها و هي زوجته او معتدته لترضع ولدها لم تجز، لان الارضاع مستحق عليها ديانة، قال اللّه تعالى و الوالدات يرضعن اولادهن)(٢) و اختلفوا في معناه، فقيل انه مجرد خبر من غير الزام الارضاع، و قيل انه في معنى الامر كقوله تعالى و المطلقات يتربصن و الاصح انه خبر بمعنى الامر على وجه الندب، او على وجه الوجوب، اذا لم يقبل الا ثدي امه (الا انها عذرت لاحتمال عجزها، فاذا اقدمت عليه) اي على الارضاع بالاجر (ظهرت قدرتها، فكان الفعل واجباً عليها، فلايجوز اخذ الاجر عليه) اي على الارضاع (بالاجر ظهرت قدرتها فكان الفعل واجبا عليها فلايجوز اخذ الاجر عليه و هذا) اي هذا المذكور من عدم جواز الاجارة (في المعتدة عن طلاق رجعي، رواية واحدة، لان النكاح قائم، و كذا) اي و كذا لايجوز (في المبتوتة) اي في العدة فيه روايتان لايجوز (في رواية) و هي رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمهما اللّه تعالى (و في رواية اخرى جاز استئجارها) و هي ظاهر الرواية (لان النكاح قد زال) فصارت كالاجنبية (وجه الاولى) و هو عدم الجواز (انه) اي ان النكاح (باق في حق بعض الاحكام) و هي العدة(٣) و وجوب النفقة و السكنى و عدم دفع زكاته اليها و شهادته لها، فلايجوز استئجارها كما في حال قيام النكاح (و لو استاجرها و هي منكوحته او معتدته لارضاع ابن له من غيرها، جاز لانه غير مستحق عليها، و ان انقضت عدتها

---

(١) لم تجز - ن - لم يجز. (٢) اولادهن - البقرة - ٢٣٣. (٣) و هي العدة الخ و نحوه في الكفاية.

فاستاجرها يعني لارضاع ولدها جاز، لان النكاح قد زال بالكلية، و صارت كالاجنبية. فان قال الاب لا استاجرها و جاء بغيرها فرضيت الام بمثل اجر الاجنبية، او رضيت بغير اجر، كانت هي احق لانها اشفق، فكان نظراً للصبي في الدفع اليها، و ان التمست زيادة، لم يجبر الزوج عليها دفعاً للضرر عنه، و اليه الاشارة بقوله تعالى و لاتضار والدة بولدها و لا مولود له بولده اي بالزامه لها اكثر من اجرة الاجنبية، و نفقة الصغير واجبة على ابيه و ان خالفه في دينه، كما تجب نفقة الزوجة على الزوج و ان خالفته في دينه اما الولد، فلاطلاق ما تلونا و لانه جزؤه فيكون في معنى نفسه. و اما الزوجة، فلان السبب هو العقد الصحيح فانه بازاء الاحتباس الثابت به و قد صح العقد بين المسلم و الكافرة و ترتب عليه الاحتباس فوجبت النفقة. و في جميع ما ذكرنا، انما

فاستاجرها يعني لارضاع ولدها، جاز لان النكاح قد زال بالكلية، و صارت كالاجنبية، فان قال الاب لا استاجرها) اي امراته (و جاء بغيرها، فرضيت الام بمثل اجر الاجنبية، او رضيت بغير اجر كانت) اي الام (احق به لانها اشفق) على الصغير (فكان نظراً للصبي في الدفع اليها) اي الى الام و الدفع الى الاجنبية اضر به (و ان التمست) اي و ان طلبت الام (زيادة) على اجرة الاجنبية (لم يجبر الزوج عليها) اى على الزيادة (دفعاً للضرر عنه و اليه الاشارة) اي الى دفع الضرر عن الزوج (بقوله لاتضار والدة بولدها، و لا مولود له بولده اي بالزامه لها اكثر من اجرة الاجنبية) بل يدفع الصغير الى الظئر ترضعه عند الام لان الحضانة لها (و نفقة الصغير واجبة على ابيه و ان خالفه في دينه) هذا اذا اسلم الصغير العاقل و ابوه كافر او ارتد و العياذ بالله تعالى، و ابوه مسلم لان ارتداده و اسلامه صحيح عندنا. (كما تجب نفقة الزوجة على الزوج، و ان خالفته في دينه اما الولد) اي اما نفقة الولد (فلاطلاق ما تلونا) و هو قوله تعالى على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف (و لانه) اي و لان الولد (جزؤه فيكون في معنى نفسه) و كفره لايؤثر في نفقته، فكذا كفر ولده (و اما الزوجة) اي و اما نفقة الزوجة (فلان السبب) اي سبب وجوب النفقة (هو العقد الصحيح، فانه) فان سبب وجوب النفقة (بازاء الاحتباس الثابت به) اي بالعقد (و قد صح العقد بين المسلم و الكافرة) لقوله تعالى و المحصنات من الذين اوتوا الكتاب(١) اي العفائف عن فعل الزنا، و قد مر في النكاح، فاذا صح العقد بينهما (و ترتب عليه الاحتباس) فاذا ترتب عليه الاحتباس (فوجبت النفقة) عليه (و في جميع ما ذكرنا) اي في هذا الفصل (انما

---

(١) الكتاب - المائدة - ٥.

تجب النفقة على الاب، اذا لم يكن للصغير مال. اما اذا كان، فالاصل ان نفقة الانسان في مال نفسه صغيراً كان او كبيراً.

تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصغير مال) فنقول نكرة موضع النفي تعم جميع اجناس الاموال، حتى لو كان للصغير عقار و حيوان و ثياب للاب انه يبيع ذلك كله و ينفقه، لان الصغير غني بهذه الاشياء. كذا في الذخيرة و ان لم يكن للصغير(١) مال، فعلى الاب ان يكتسب و ينفق على ولده يجبر على ذلك و يحبس. و به قال الشافعي رحمه الله تعالى بخلاف سائر الديون، حيث لايحبس فلان الاب و ان علاها لايحبس في ديون الاولاد. و في هذا الدين يحبس لما ان في الامتناع من الكسب اتلاف للنفس، و الاب يستوجب العقوبة عند قصده اتلاف ولده، كما لو عدا على ابنه بالسيف، كان للابن ان يقتل، و لو كان الاب عاجزاً عن الكسب بالزمانة او بانه مقعد يتكفف الناس و ينفق عليهم هكذا ذكره الخصاف في نفقته. و من المتاخرين من قال نفقة الاولاد في هذه الصورة في بيت المال، لان نفقة هذا الاب في بيت المال فكذا نفقة الاولاد، و طالب العلم(٢) اذا كان لايهتدي الى الكسب، فنفقته على الاب لاتسقط عنه كالزمن و الانثى (و اما اذا كان له) اي للصغير مال (فالاصل ان نفقة الانسان في مال نفسه صغيراً كان او كبيراً) و ذلك لان احد الموسرين ليس في ايجاب نفقته على صاحبه، باولى من ايجاب نفقة صاحبه عليه و الفرق بين نفقة الصغير و الزوجة بحيث لاتجب نفقة الصغير على الاب، اذا كان الصغير غنياً باي مال كان و يجب نفقة الزوجة على الزوج. و ان كانت الزوجة غنية، اذ نفقة الصغير واجبة للحاجة، فاذا انعدمت الحاجة، فلاتجب، كنفقة الخادم، و نفقة الزوجة بازاء التمكين من الاستمتاع، فكان طريقه البدل و المعادلة، و البدل يوجد و ان وجد الغني.

---

(١) و ان لم يكن للصغير مال الخ و قد ذكر في الحاشية الطويلة قريبا عن فتح القدير ما يوضحه و بعضه الرابع ان يكونوا (الاولاد) فقراء و هم صغار او كبار عاجزون و الاب ايضا عاجز عن الكسب فالخصاف قال يتكفف الناس و ينفق عليهم و قيل نفقتهم في بيت المال و ان كان قادرا على الكسب اكتسب فان امتنع عن الكسب حبس بخلاف سائر الديون و لايحبس والد و ان علا في دين ولد له و ان سفل الا في النفقة لان الامتناع اتلاف النفس و لايحل للاب ذالك و كذا لو عدا الاب على ابنه بسيف بحيث لايندفع عنه الا بقتله حل له قتله الخ و كذا في البحر ص٢١٩ ج٤. (٢) طالب العلم الخ و في الفتاوى الهندية ص٥٦٣ ج١ و كذا طلبة العلم اذا كانوا عاجزين عن الكسب لايهتدون اليه لاتسقط نفقتهم عن آبائهم اذا كانوا مشتغلين بالعلوم الشرعية لا بالخلافيات الركيكة و هذيان الفلاسفة و لهم رشد و الا لاتجب كذا في الوجيز للكردرى انتهى و راجع له البحر ص٢٢٨ ج٤ فانه بسط الكلام في هذه المسئلة.

فصل

و على الرجل ان ينفق على ابويه و اجداده و جداته، اذا كانوا فقراء و ان خالفوه في دينه.

(فصل)

اي هذا فصل، و لما فرغ من بيان نفقة الاولاد شرع في بيان نفقة الآباء و الاجداد و الخادم (و على الرجل ان ينفق على ابويه و اجداده و جداته اذا كانوا فقراء) و في المبسوط(١) على الرجل الموسر، نفقة ابيه و امه، و اب الاب و ان علا، و ام الاب و ان علت، و ام الام و ان علت. و شرط الشافعي رحمه الله تعالى في ذلك ان يكون الاب زمناً و لم يوافقه احد و في التنبيه. و يجب على الاولاد ذكورهم و اناثهم نفقة الوالدين، و ان علوا بشرط الفقر و الزمانة او الجنون مع الصحة قولان اظهرهما لايجب (و ان خالفوه في دينه) واصل بما قبله اي و ان خالف هؤلاء الرجل في دينه، و هو اذا كانوا من اهل الذمة، اما اذا كانوا من اهل الحرب، فلايجب، لانا نهينا عن

---

(١) المبسوط للسرخسي ص٢٢٢ ج٥ باب نفقة ذوي الارحام بمفهومه و راجع لهذا المبحث المغني ص٢٥٦ ج٩ و تكملة شرح المهذب ص٢٩١ ج١٨ باب نفقة الاقارب و اعلاء السنن باب النفقة على الاقارب ص٢٩٩ ج١١ و لفظ المغني و يجبر الرجل على نفقة والديه و ولده الذكور و الاناث اذا كانوا فقراء و كان له ما ينفق عليهم. الاصل في وجوب نفقة الوالدين و المولودين الكتاب و السنة و الاجماع. اما الكتاب فقول الله تعالى فان ارضعن لكم الآية و على المولود له رزقهن الآية و قضى ربك ان لاتعبدوا الا اياه الآية و من السنة قول النبي صلى الله عليه وسلم لهند خذى ما يكفيك و ولدك بالمعروف متفق عليه و قوله صلى الله عليه وسلم ان اطيب ما اكل الرجل من كسبه و ان ولده من كسبه رواه ابوداود و اما الاجماع فحكى ابن المنذر قال اجمع اهل العلم على ان نفقة الوالدين الفقيرين الذين لا كسب لهما و لا مال واجبة في مال الولد و اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على ان على المرء نفقة اولاده الاطفال الذين لا مال لهم. اذا ثبت هذا فان الام يجب نفقتها و يجب عليها ان تنفق على ولدها اذا لم يكن له اب و بهذا قال ابوحنيفة و الشافعي و حكى عن مالك انه لا نفقة عليها و لا لها لانها ليست عصبة لولدها و لنا قوله سبحانه و بالوالدين احسانا و قال النبي صلى الله عليه وسلم لرجل سأله من ابر قال امك ثم امك ثم امك ثم اباك ثم الاقرب و الاقرب رواه ابوداود و يجب الانفاق على الاجداد و الجدات و ان علوا و ولد الولد و ان سفلوا و بذالك قال الشافعي و الثوري و اصحاب الرأي و قال مالك لاتجب النفقة عليهم و لا لهم لان الجد ليس باب حقيقي و لنا قوله سبحانه و على الوارث مثل ذلك و يشترط لوجوب الانفاق ثلاثة شروط احدها ان يكونوا فقراء لا مال لهم و لا كسب يستغنون عن انفاق غيرهم و الثاني ان تكون لمن تجب عليه النفقة ما ينفق عليهم فاضلا عن نفقة نفسه اما من ماله و اما من كسبه و الثالث ان يكون المنفق وارثا لقول الله تعالى و على الوارث مثل ذالك الخ ملخصا.

اما الابوان فلقوله تعالى و صاحبهما في الدنيا معروفاً نزلت الآية في الابوين الكافرين. و ليس من المعروف ان يعيش في نعم الله تعالى و يتركهما يموتان جوعاً. و اما الاجداد و الجدات فلانهم من الاباء و الامهات، و لهذا يقوم الجد مقام الاب عند عدمه، و لانهم سببوا لاحيائه فاستوجبوا عليه

المبرة في ذمتهم (اما الابوان فلقوله تعالى و صاحبهما في الدنيا معروفا(١) نزلت الآية في الابوين الكافرين) قال المفسرون(٢) نزلت في سعد بن ابي وقاص رضي الله تعالى عنه و ذلك انه لما اسلم، قالت له امه جميلة ياسعد بلغني انك صبوت فو الله لا اظلني سقف بيت عن الثلج و الريح و لا آكل و لا اشرب حتى تكفر بمحمد، و ترجع الى ما كنت عليه، و كان احب ولدها اليها فابى سعد و صبرت هي ثلاثة ايام، فلم تاكل و لم تشرب، و لم تستظل بظل حتى غشي عليها، فاتى سعد النبي صلى الله عليه وسلم و شكى ذلك اليه، فانزل الله تعالى هذه الآية و ان جاهداك على ان تشرك بي ما ليس لك به علم فلاتطعهما و صاحبهما في الدنيا معروفاً (و ليس من المعروف ان يعيش) الرجل (في نعم الله و يتركهما) اي الابوين (يموتان جوعاً) و المعروف هو المحاسنة بالخلق الجميل و الحلم و الاحتمال و البر و الصلة، و بما يقتضيه الكرم و المروءة و استدل شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي(٣) بقوله تعالى فلاتقل لهما اف(٤) و قال نهى عن التافيف لمعنى الاذى و معنى الاذى في منع النفقة عند حاجتهما اكثر. و لهذا يلزمه نفقتهما، و ان كانا قادرين على الكسب، لان معنى الاذى في الكد و التعب، اكثر منه في التافيف و قال عليه الصلوة و السلام ان اطيب(٥) ما ياكل الرجل من كسبه و ان ولده من كسبه فكلوا من كسب اولادكم (و اما الاجداد و الجدات، فلانهم من الآباء و الامهات و لهذا يقوم الجد مقام الاب عند عدمه) اي عدم الاب (و لانهم سببوا لاحيائه) اي الرجل (فاستوجبوا) اي فاستحقوا (عليه)

---

(١) معروفا – لقمان – ١٥. (٢) قال المفسرون الخ قال المفسر السيد محمود آلوسي البغدادي في تفسير روح المعاني تحت هذه الآية. اخرج ابويعلى و الطبراني و ابن مردويه و ابن عساكر عن ابي عثمان النهدى ان سعد بن ابي وقاص رضي الله تعالى عنه قال انزلت في (بتشديد الياء) هذه الآية و ان جاهداك الآية كنت رجلا برا بامي فلما اسلمت قالت يا سعد الحديث نحوه. (٣) شرح الكافي اي المبسوط باب نفقة ذوي الارحام ص٢٢٢ ج٥. (٤) اف – الاسراء – ٢٣. (٥) ان اطيب ما ياكل الرجل من كسبه الحديث رواه الاربعة عن عائشة رضي الله تعالى عنها مرفوعا الترمذي و حسنه كتاب الاحكام باب ما جاء ان الوالد ياخذ من مال ولده ص١٦٩ ج١ و ابوداود كتاب البيوع. باب الرجل ياكل من مال ولده ص١٤١ ج٢ و النسائي كتاب البيوع باب الحث على الكسب ص٢١٠ ج٢ و ابن ماجة ابواب التجارات باب الحث على المكاسب ص١٥٦ و ابن حبان و الحاكم و =>

الاحياء بمنزلة الابوين، و شرط الفقر لانه لو كان ذا مال فايجاب نفقته في ماله اولى من ايجابها في مال غيره، و لايمنع ذلك باختلاف الدين لما تلونا و لاتجب النفقة مع اختلاف الدين، الا للزوجة و الابوين و الاجداد و ا لجدات و الولد و ولد الولد اما الزوجة فلما ذكرنا انها واجبة لها بالعقد لاحتباسها لحق له مقصود، و هذا لايتعلق باتحاد الملة، و اما غيرها فلان الجزية ثابتة و جزء المرء في معنى نفسه، فكما لايمتنع نفقة نفسه بكفره لايمتنع نفقة جزئه الا انهم اذا كانوا حربيين لاتجب نفقتهم على المسلم. و ان كانوا مستأمنين لانا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا في الدين.

اي على الولد (الاحياء بمنزلة الابوين) في حياة الولد، فاستحقوا على النافلة كالابوين (و شرط الفقر) اي و شرط القدوري الفقر في قوله اذا كانوا فقراء (لانه) اي لان الاب (لو كان ذا مال، فايجاب نفقته في ماله اولى من ايجابها في مال غيره) قال عليه الصلوة و السلام كل(١) من كد يمينك و عرق جبينك (و لايمنع ذلك) اي وجوب النفقة للابوين (باختلاف الدين لما تلونا) من النص، و هو قوله تعالى و صاحبهما في الدنيا معروفاً و به قال مالك و الشافعي رحمهما الله تعالى و في المغني(٢) و لاتجب النفقة لاختلاف الدين الا للزوجات و في عمودى النسب روايتان، و في بعض النسخ (قال) اي قال القدوري (و لاتجب النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة و الابوين، و الاجداد و الجدات، و الولد، و ولد الولد، اما الزوجة فلما ذكرنا انها) اي النفقة (واجبة لها بالعقد لاحتباسها لحق له) اي للرجل و قوله (مقصود) بالجر صفة لقوله لحق و هو الاستمتاع بها بالوطيء وغيره (و هذا) اي المعنى المذكور (لايتعلق باتحاد الملة) بين الزوجين (و أما غيرها) اي غير الزوجة من المذكورين (فلان الجزية ثابتة) اما في حق الولد فظاهر و في حق غيره لشمول الولاد اياهم (و جزء المرء في معنى نفسه، فكما لايمتنع نفقة نفسه بكفره، لايمتنع نفقة جزئه) الذي هو الولد بكفره. و كذا حكم اولاد البنين و البنات، و الاجداد و الجدات، من قبل الاب و الام، بمنزلة الابوين لان الولاد يشملهم جميعاً (الا انهم) اي غير ان هؤلاء (اذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم و ان كانوا مستامنين) اي و ان كانوا خرجوا الى دار الاسلام بامان (لانا نهينا) على صيغة المجهول (عن البر) اي عن الاحسان والصلة (في حق من يقاتلنا في الدين) لقوله تعالى لاينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين و لم يخرجوكم من دياركم

=> البيهقي في سننه و التفصيل في نصب الراية ص٢٧٥ ج٣ و نبذ منه في فتح القدير ص٢٢٣ ج٤. (١) كل من كد يمينك الحديث لم اجد ماخذه. (٢) المغنى ص٢٥٦ ج٩.

و لاتجب على النصراني نفقة اخيه المسلم، و كذا لاتجب على المسلم نفقة اخيه النصراني، لان النفقة متعلقة بالارث بالنص، بخلاف العتق عند الملك، لانه متعلق بالقرابة و المحرمية بالحديث، و لان القرابة موجبة للصلة، و مع الاتفاق في الدين آكد و دوام ملك اليمين اعلى في القطيعة من حرمان النفقة، فاعتبرنا في الاعلى اصل العلة

ان تبروهم و تقسطوا اليهم ان الله يحب المقسطين انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين و اخرجكم من دياركم و ظاهروا على اخراجكم ان تولوهم، و من يتولهم فاولئك هم الظالمون(١) (و لاتجب على النصراني نفقة اخيه المسلم، و كذا لاتجب على المسلم نفقة اخيه النصراني) هذا تفريع لقوله و لاتجب النفقة مع اختلاف الدين بيانه ان النفقة في غير الزوجة، و غير صورة الولادة مبنية على الارث و هو معنى قوله (لان النفقة متعلقة بالارث بالنص) و هو قوله تعالى و على الوارث مثل ذلك(٢) و لا ارث بين المسلم و الذمي فلاتجب نفقة احدهما على الآخر (بخلاف العتق عند الملك) اي بخلاف ما اذا ملك احدهما الآخر حيث يعتق عليه، لان العتق مرتب على ملك القريب المحرم، و قد وجد فيعتق. قال عليه الصلوة و السلام من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه (لانه) اي لان وجوب النفقة (متعلق بالقرابة و المحرمية بالحديث) و هو الذي ذكرناه و قد رواه النسائي(٣) من حديث عبدالله بن دينار عن ابن عمر رضي الله تعالى عنه قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه و فيه كلام كثير نذكره في كتاب العتق(٤) ان شاء الله تعالى. و روى اصحاب السنن الاربعة(٥) من حديث الحسن عن سمرة رضي الله تعالى عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر. (و لان القرابة موجبة للصلة) لذوي رحم (و مع الاتفاق في الدين) يعني اذا كانا مسلمين (آكد) من ايجاب الصلة مع الاختلاف في الدين (و دوام ملك اليمين اعلى في القطيعة من حرمان النفقة) حاصل معناه ان قطع ذات الرحم في بقاء ملك اليمين اعلا و اكثر من قطع الرحم الحاصل من حرمان النفقة (فاعتبرنا في الاعلى) و هو ملك اليمين (اصل العلة) و هو نفس ملك القريب لقوة

---

(١) الظالمون - الممتحنة - ٨-٩. (٢) مثل ذالك - البقرة - ٢٣٣. (٣) النسائي في الكبرى كتاب العتق عنوان من ملك ذا رحم محرم ص١٧٣ ج٣. (٤) كتاب العتاق من البناية ص..... ج٨. (٥) السنن الاربعة الترمذي باب ما جاء فيمن ملك ذا رحم محرم ابواب الاحكام ص١٦٣ ج١ و ابوداود كتاب العتق باب فيمن ملك ذا رحم محرم ص١٩٤ ج٢ و النسائي في الكبرى ص١٧٣ ج٣ و ابن ماجة ابواب العتق باب من ملك ذا رحم ص١٨٤ و التفصيل في نصب الراية كتاب العتق ص٢٧٨ و ٢٧٩ ج٣ و فتح القدير كتاب العتاق ص٢٤٨ ج٤ و البناية كتاب العتاق ص..... ج٨.

و في الادنى العلة المؤكدة فلهذا افترقا و لايشارك الولد في نفقة ابويه احد لان لهما تاويلاً في مال الولد بالنص، و لا تاويل لهما في مال غيره.

معنى قطع الرحم، حتى يعتق القريب المملوك سواء وجد الاتحاد في الملة او لم يوجد (و في الادنى) اي اعتبرنا في الادنى، و هو النفقة (العلة المؤكدة) و هي القرابة مع الاتحاد في الملة (فلهذا) اي فلاجل كون حرمان النفقة اضعف من قطع الرحم (افترقا) اي العتق و وجوب النفقة. فان قلت(١) حرمان النفقة قد يفضي الى الهلاك، و دوام ملك اليمين ليس كذلك، فكيف يكون اعلى. و لان الانفاق صلة احياء حقيقة، و صلة العتق صلة احياء حكماً و لاشك ان الاحياء الحقيقي اولى. قلت الحاجة الى النفقة مقدورة الدفع من غيره، بان يسال الناس او يبره احد من غير سؤال، فان الهلاك جوعاً في العمران مع توفر اصحاب الزكاة و الصدقات و المعروف نادر. و اما الحاجة الى الاعتاق فانها لايندفع الا من جانبه (و لايشارك الولد في نفقة ابويه احد) بالرفع لانه فاعل لايشارك، و الولد بالنصب مفعوله، يعني ان كان الابوان فقيرين و الولد موسر تجب نفقتهما عليه خاصة (لان لهما) اي الابوين (تاويلا في مال الولد بالنص) و هو قوله عليه الصلوة و السلام انت و مالك لابيك. رواه جماعة(٢) من الصحابة، و سياتي ان شاء الله تعالى في باب الوطئ يوجب الحد (و لا تاويل لهما) اي للابوين (في مال غيره) اي في غير مال الولد. فان قلت(٣) التاويل يثبت بخبر الواحد، فلايعارض قوله عزوجل و على الوارث مثل ذلك قلت

---

(١) فان قلت حرمان الخ كذا في العناية و فيه و اما كون الاحياء الحقيقي اعلى من الحكمى فبعد تسليمه مردود بعدم تعين تحققه من جانبه لما قلنا انتهى. (٢) جماعة من الصحابة و في نصب الراية كتاب الحدود باب الوطئ الذي يوجب الحد ص٣٣٧ ج٣ قال عليه الصلوة و السلام انت و مالك لابيك قلت روى من حديث جابر و من حديث عائشة و من حديث سمرة بن جندب و من حديث عمر بن الخطاب و من حديث ابن مسعود و من حديث ابن عمر رضي الله عنهم ثم ذكر الزيلعي هذه الاحاديث بالبسط و التفصيل كما هو دابه فقال فحديث جابر رضي الله عنه رواه ابن ماجة (في التجارة باب ما للرجل من مال ولده ص١٦٧) قال رسول الله صلي الله عليه وسلم انت و مالك لابيك قال ابن القطان اسناده صحيح و اخرجه الطبراني في الصغير و البيهقي في دلائل النبوة و حديث عائشة رضي الله تعالى عنها فاخرجه ابن حبان في صحيحه مرفوعا و حديث سمرة رضي الله عنه فاخرجه البزار في مسنده و الطبراني في معجمه مرفوعا (و هو ضعيف) و حديث عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه فرواه البزار في مسنده مرفوعا (و هو ضعيف) و حديث ابن مسعود رضي الله عنه فاخرجه الطبراني مرفوعا و حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنه فرواه ابويعلى الموصلي في مسنده و البزار في مسنده مرفوعا انتهى ملخصا و سياتى بيانه في البناية كتاب الحدود باب الوطئ الذي يوجب الحد ص..... ج٩. (٣) فان قلت التاويل الخ =>

و لانه اقرب الناس اليهما فكان اولى باستحقاق نفقتهما عليه و هي على الذكور و الاناث بالسوية في ظاهر الرواية و هو الصحيح، لان المعنى يشملهما، و النفقة لكل ذي رحم محرم اذا كان صغيراً فقيراً،

الحديث مشهور فيجوز به الزيادة و لئن سلمنا انه من الآحاد لكن ترك اطلاق قوله تعالى و على الوارث مثل ذلك بالدلائل الدالة على تقييدها بغير قرابة الولاد المستندة الى قوله تعالى و على المولود له رزقهن و كسوتهن الآية كما تقدم فان قلت لا منافاة بين الآيتين، لان قوله تعالى و على المولود له رزقهن يقتضي ان يشارك الجد الابن، كما ان قوله تعالى و على الوارث مثل ذلك يقتضيه قلت لما ثبت للوالد التاويل في مال الولد بالاجماع صار غنياً. و الغني لاتجب نفقته على والده، فلايشارك الجد الابن (و لانه) اي و لان الولد (اقرب الناس اليهما) اي الى الابوين (فكان اولى باستحقاق نفقتهما عليه) اي على الولد (و هي) اي نفقة الابوين (على الذكور و الاناث بالسوية) حتى اذا كان الاب فقيراً و له ابن و بنت موسران، تجب نفقة الاب عليهما انصافاً و قيد بقوله (في ظاهر الرواية و هو الصحيح) احترازاً عما ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي(١) عن الحسن عن ابي يوسف عن ابي حنيفة ان النفقة بين الذكور و الاناث للذكر مثل حظ الانثيين على قياس الميراث و على قياس نفقة ذوي الارحام (لان المعنى يشملهما) المعنى هو الولادة، و هو سبب الوجوب، و قد استوى الذكر و الانثى بخلاف ما اذا كان للمعسر اخ و اخت حيث يجب نفقته عليهما اثلاثاً لان سبب الوجوب الارث، فيجب اثلاثاً كالارث (و النفقة) اي النفقة واجبة (لكل ذي رحم محرم) و قال احمد رحمه الله تعالى(٢) لكل وارث. و به قال ابن ابي ليلى، و قال الشافعي رحمه الله تعالى لاتجب نفقة غير الوالدين و المولودين من الاقارب، كالاخوة و ذوالرحم المحرم هو الذي لايجوز نكاحه على التابيد، و انما قيد بذي الرحم المحرم، لانه اذا وجد الرحم و لم يوجد المحرم، او وجد المحرم و لم يوجد الرحم، او وجد لكن لا من قرابة، لاتجب النفقة. الا ترى الى ما ذكر الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي بقوله، و لو كان رحماً غير محرم نحو ابن العم او محرماً غير رحم نحو الاخ من الرضاع او الاخت من الرضاع، او رحماً محرماً لا من قرابة نحو ابن عم هو الاخ من الرضاع لاتجب النفقة (اذا كان) اي ذو رحم محرم (صغيراً فقيراً) قيد بالصغر و الفقر لان الصغير الفقير عاجز عن الكسب و الغني

=> كذا في العناية ص٢٢٣ ج٤. (١) شرح الكافي اي المبسوط باب نفقة ذوي الارحام ص٢٢٢ ج٥. (٢) و قال احمد رحمه الله تعالى الخ راجع المغنى ص٢٦٥ ج٩ و سباقه و سياقه و فتح القدير ص٢٢٤ ج٤.

او كانت امراة بالغة فقيرة، او كان ذكراً بالغاً فقيراً زمناً، او اعمى، لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة، و الفاصل ان يكون ذا رحم محرم، و قد قال الله تعالى و على الوارث مثل ذلك و في قراءة عبدالله بن مسعود رضي الله تعالى و على الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك. ثم لابد من الحاجة و الصغر و الانوثة و الزمانة و العمى امارة الحاجة لتحقق العجز. فان القادر على الكسب، غني بكسبه بخلاف الابوين، لانه يلحقهما تعب الكسب، و الولد مامور بدفع الضرر عنهما، فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب.

قال، و يجب ذلك

نفقته في ماله (او كانت امراة بالغة فقيرة او كان) اي ذو رحم محرم (ذكرا فقيراً زمناً او اعمى) فقيراً تجب النفقة لهم لعجزهم عن الكسب، و كذلك مفقود العينين، و اشل اليدين، و مقطوع الرجلين، و المعتوه، و المفلوج (لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة) اي لايجب في القرابة البعيدة (و الفاصل) اي بين القريبة و البعيدة (ان يكون ذا رحم محرم) و الدليل عليه هو ما اشار اليه بقوله (و قد قال الله تعالى و على الوارث مثل ذلك) فان ذلك اشارة الى البعيد فيكون اشارة الى اول الآية و هو قوله تعالى و على المولود له رزقهن و كسوتهن فيدل على ان على الوارث النفقة و تقييده بذي الرحم المحرم بقراءة عبدالله بن مسعود رضي الله تعالى عنه اشار اليه بقوله (و في قراءة عبدالله بن مسعود و على الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك) و لاشك ان قراءته كانت مسموعة من النبي صلى الله عليه وسلم و قراءته مشهورة فصارت بمنزلة خبر مشهور على ما عرف، فجاز تقييد اطلاق الكتاب بها (ثم لابد من) وجود (الحاجة) اي ثم لابد في وجوب النفقة و بين ذلك بقوله (و الصغر و الانوثة و الزمانة و العمى امارة الحاجة لتحقق العجز) اي علامة العجز من اصحاب هذه الاشياء المذكورة (فان القادر على الكسب غني بكسبه) فلايعد عاجزاً (بخلاف الابوين) هذا جواب عما يقال ما بال الابوين لم يعدا غنيين بقدرتهما على الكسب، و اجاب بقوله بخلاف الابوين، لانهما يلحقهما تعب الكسب. و الولد مامور بدفع الضرر عنهما، فيجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب. و ذكر السرخسي في شرح ادب القاضي للخصاف، ان الاب اذا كان كسوباً، و الابن ايضا كسوباً، يجبر الابن على الكسب و النفقة عليه. و قال الحلواني في شرحه له ايضاً، لايجبر الابن على الكسب، و اعتبره بذي الرحم المحرم، فانه لايستحق النفقة في كسب قريبه، و في ظاهر الرواية في نفقة الوالدين، فانهما لايكافآن بالكسب عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى (قال) اي القدوري (و يحب ذلك) اي

على مقدار الميراث، و يجبر عليه، لان التنصيص على الوارث، تنبيه على اعتبار المقدار، لان الغرم بالغنم و الجبر لايفاء حق مستحق قال و تجب نفقة الابنة البالغة و الابن الزمن على ابويه اثلاثاً، على الاب الثلثان و على الام الثلث، لان الميراث لهما على هذا المقدار. قال العبد الضعيف، هذا الذي ذكره رواية الخصاف و الحسن رحمهما الله تعالى و في ظاهر الرواية كل النفقة على الاب، لقوله تعالى و على المولود له رزقهن و كسوتهن و صار كالولد الصغير، و وجه الفرق على الرواية الاولى، انه اجتمعت للاب في الصغير ولاية و مؤنة، حتى وجبت عليه صدقة فطره، فاختص بنفقته، و لا كذلك الكبير لانعدام الولاية فيه، فتشاركه الام. و في غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى تكون

النفقة (على مقدار الميراث و يجبر عليه) اي على الانفاق (لان التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار) اي لان التنصيص عليه بقوله تعالى و على الوارث مثل ذلك تنبيه على ان الشارع نبه على مقدار ذلك، لانه رتب الحكم على المشتق، فيكون المشتق منه هو العلة، فيثبت الحكم بقدر علته. و على هذا لو اوصى لورثة فلان، و له بنون و بنات، فكانت الوصية لهم على قدر الميراث (و لان الغرم بالغنم) بضم الغين المعجمة فيهما، اي الغرم الذي هو الانفاق في مقابلة الغنم الذي هو الميراث (و الجبر) اي الجبر على الانفاق (لايفاء حق مستحق) اي لاجل ايفاء حق مستحق عليه، فيستحقه من ينفق عليه (قال) اي القدوري (و تجب نفقة الابنة البالغة، و الابن الزمن) البالغ (على ابويه اثلاثاً على الاب الثلثان، و على الام الثلث لان الميراث لهما على هذا المقدار) اذا ورثا ولدهما (قال العبد الضعيف) اي المصنف (هذا الذي ذكره) اي القدوري (رواية الخصاف و الحسن) اي عن ابي يوسف عن ابي حنيفة و به قال الشافعي رحمهم الله تعالى (و في ظاهر الرواية، كل النفقة على الاب لقوله تعالى و على المولود له رزقهن) اضاف الولد اليه بحرف اللام، فدل على اختصاصه بهذه النسبة و النفقة تبنى على هذه النسبة (و وجه الفرق) اي وجه الفرق بين الولد الصغير و الكبير (على الرواية الاولى انه اجتمعت للاب في الصغير ولاية و مؤنة) عليه (حتى وجب عليه صدقةفطره(١) فاختص بنفقته و لا كذلك الكبير) اي الولد الكبير (لانعدام الولاية فيه) اي لا ولاية له عليه لبلوغه فكان كسائر المحارم نفقته معتبرة بميراثه و ميراثه يكون بينهما اثلاثا فكذلك نفقته (فتشاركه الام) في نفقة الكبير، فوجب الثلثان على الاب، و الثلث على الام (و في غير الوالد يعتبر قدر الميراث) يعني رواية واحدة (حتى تكون

---

(١) صدقة فطره و كان بمنزلة نفسه و غيره لايشاركه في النفقة على نفسه فكذا في النفقة على الصغير العناية.

نفقة الصغير على الام و الجد اثلاثا و نفقة الاخ المعسر على الاخوات المتفرقات الموسرات اخماساً على قدر الميراث. غير ان المعتبر اهلية الارث في الجملة لا احرازه، فان المعسر اذا كان له خال و ابن عم، تكون نفقته على خاله، و ميراثه يحرزه ابن عمه، و لاتجب نفقتهم مع اختلاف الدين، لبطلان اهلية الارث، و لابد من اعتباره

نفقة الصغير على الام و الجد اثلاثا) على الام الثلث و على الجد الثلثان. قال في شرح الطحاوي، و كذلك اذا كان له ام، و اخ لاب و ام او ابن اخ لاب و ام او عم لاب و ام او احد من الفصيلة، فان النفقة عليهم اثلاثاً. و كذا اذ كان له اخ و اخت لاب و ام، فالنفقة عليهما اثلاثاً على قدر ميراثهما. و لو كان له اخ لاب، و اخ لاب فالنفقة بينهما اسداساً، و لو كان له عم لاب و ام، فالنفقة على الام دون العمة، و كذلك، لو كان له عم لاب، و ام و خال لاب و ام، فالنفقة على العم. و لو كان له عمة لاب و ام و خال لاب، فالنفقة عليهما اثلاثاً ثلثاها على العمة، و ثلثها على الخال. و كذلك لو كان له خال و خالة من قبل الاب و الام، فالنفقة عليهما اثلاثاً، و لو كان له خال من قبل الاب و الام و ابن عم لاب و ام، فالنفقة على الخال، و الميراث لابن العم، لان شرط وجوب النفقة ان يكون ذو الرحم المحرم من اهل الميراث، و ابن العم ليس بمحرم (و نفقة المعسر على الاخوات المتفرقات الموسرات اخماساً على قدر الميراث) يعني يجب ثلاثة الاخماس على الاخت لاب و ام، و الخمس على الاخت لاب، و الخمس على الاخت لام، و ذلك لان النفقة معتبرة بالارث، فانهن يرثنه كذلك اخماساً بالفرض و الرد فوجب النفقة ايضا اخماساً (غير ان المعتبر) استثناء من قوله و في غير الولد يعتبر قدر الميراث في ذلك (اهلية الارث في الجملة) قال الاكمل، و المراد باهلية الارث ان لايكون محروماً. و قال الكاكي و قيد الارث بقوله ان المعتبر اهلية الارث، لانه لو لم يكن اهلاً للارث بان كان مخالفاً لدينه، لاتجب النفقة (و لا احرازه) اي لايعتبر احراز الارث كما في الخال مع ابن العم. فان الخال لايحرز الميراث مع ابن العم، و مع ذلك كانت النفقة على الخال، و الميراث لابن العم. و قال احمد و الظاهرية و المعتبر احراز الميراث. و اوضح ذلك المصنف بالفاء التفسيرية، حيث قال (فان المعسر اذا كان له خال و ابن عم، تكون نفقته على خاله، و ميراثه يحرزه ابن عمه) لان الخال ذو رحم محرم، دون ابن العم (و لاتجب نفقتهم مع اختلاف الدين) هذا لفظ القدوري، اي لاتجب نفقة ذي الرحم المحرم مع اختلاف الدين، لان الاختلاف لايجري الارث، فلاتجب النفقة ايضا لانها متعلقة بالارث (بالنص لبطلان اهلية الارث) يعني عند اختلاف الدين (فلابد من إعتباره) اي من اعتبار الارث لوجوب

و ان باع العقار لم يجز. و في قولهما لايجوز ذلك(١) كله و هو القياس لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ. و لهذا لايملك حال حضرته، و لايملك البيع في دين له سوى النفقة، و كذا لاتملك الام في النفقة و لابي حنيفة رحمه الله تعالى ان للاب ولاية الحفظ في مال الغائب، الا ترى ان للوصي ذلك، فالاب اولى لوفور شفقته و بيع المنقول من باب الحفظ، و لا كذلك العقار لانها محصنة بنفسها. و بخلاف غير الاب من الاقارب، لانه لا ولاية لهم اصلا في التصرف حالة الصغر،

العروض و العقار اجماعاً (و ان باع) اي الاب (العقار لم يجز) الا اذا كان الولد صغيرا(٢) فيبيع ذلك، و اجمعوا ان الام لاتبيع مال ولدها الصغير و الكبير. كذا في شرح الطحاوي (و في قولهما) اي و في قول ابي يوسف و محمد (لايجوز ذلك كله و هو القياس لانه) اي لان الاب (لا ولاية له لانقطاعها) اي لانقطاع الولاية (بالبلوغ) اي اذا بلغ الصغير (و لهذا) اي و لاجل انقطاع ولاية بعد البلوغ (لايملك) الاب بيع مال ابنه البالغ (حال حضرته، و لايملك البيع في دين له) اي الاب (سوى النفقة) و لو قضى القاضي بذلك، لايجوز لانه قضاء على الغائب (و كذا لاتملك الام) بيع متاعه (في النفقة) و هذا مخالف لما ذكر في الاقضية، و لما ذكره القدوري من جواز بيع الابوين. فاما ان يكون في المسالة روايتان، في رواية الاقضية و القدوري تملك الام البيع كالاب، لان معنى الولادة بجمعهما، و هما في استحقاق النفقة على السواء. و اما ان يكون ما في الاقضية و القدوري مؤولا بان الاب هو الذي يبيع، لكن لمنفعتهما، فاضاف البيع اليهما من حيث أن منفعة البيع تعود اليهما، قال الاكمل(٣) و هو الظاهر، قلت الظاهر هو الاول على ما لايخفى (و لابي حنيفة رحمه الله تعالى ان للاب ولاية الحفظ في مال الغائب) اعترض(٤) عليه بانه كذلك، لكن الغرض انه يبيعه لنفقته، و انما يصح بيعه ان لو كان قصده البيع للحفظ اجيب بانه لما جاز بيعه للحفظ حقيقة، فبقصده الانفاق لاتتغير تلك الحقيقة، اذ لاتاثير للعزيمة في تغيير الحقيقة، لايقال عارض جهة الحفظ جهة الاتلاف بالانفاق، لانا نقول الاتلاف بعد وجوب النفقة و في الحال لم تجب فلاتعارض (الا ترى ان للوصي ذلك) اي بيع العروض على الوارث الكبير الغائب للحفظ (فالاب اولى لوفور شفقته، و بيع المنقول من باب الحفظ) لان العين يخشى عليه الهلاك (و لا كذلك العقار لانها محصنة بنفسها) فلايحتاج الى بيعها للحفظ (و بخلاف غير الاب من الاقارب، لانه لا ولاية لهم اصلا في التصرف حالة الصغر

---

(١) ذالك – ن – في ذالك. (٢) صغيرا و في الفتح صغيرا او مجنونا و لايجوز لغيره مطلقا. (٣) الاكمل في العناية و كذا قال جلال الدين الخوارزمي في الكفاية. (٤) اعترض الخ كذا في العناية.

و لا في الحفظ بعد الكبر، و اذا جاز بيع الاب و الثمن من جنس حقه، و هو النفقة، فله الاستيفاء منه، كما لو باع العقار و المنقول على الصغير، جاز لكمال الولاية ثم له ان ياخذ منه بنفقته لانه من جنس حقه و ان كان للابن الغائب مال في يد ابويه وانفقا منه لم يضمنا لانهما استوفيا حقهما لان نفقتهماواجبة قبل القضاء على ما مر و قد اخذا جنس الحق و ان كان له مال في يد اجنبي فانفق عليهما بغير اذن القاضي ضمن لانه تصرف في مال الغير بغير ولاية، لانه نائب في الحفظ لا غير بخلاف ما اذا امره القاضي لان امره ملزم لعموم ولايته و اذا ضمن لايرجع على القابض، لانه ملكه

و لا في الحفظ بعد الكبر، و اذا جاز بيع الاب و الثمن من جنس حقه، و هو النفقة، فله الاستيفاء منه) مقدار النفقة (كما لو باع العقار و المنقول على الصغير جاز لكمال الولاية، ثم له ان ياخذ الثمن بنفقته لانه من جنس حقه) لايقال اذا قدر الدائن على جنس حقه من مال الغائب، ينبغي ان ياخذه لانا نقول انما ياخذ رب الدين اذا امتنع المديون عن الايفاء و هاهنا لم يعلم امتناعه لغيبته فلاياخذ (و ان كان للابن الغائب مال في يد ابويه، فانفقا منه، لم يضمنا لانهما استوفيا حقهما، لان نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما مر) اشار به الى ما قال عند قوله، و لايقضى بالنفقة في مال الغائب الا لهؤلاء (و قد اخذا) اي الابوان (جنس الحق) فلايضمنان شيئاً (و ان كان له) اي للابن (مال في يد اجنبي، فانفق) اي الاجنبي (عليهما) اي على ابويه (بغير اذن القاضي ضمن) اي الاجنبي (لانه تصرف في مال الغير بغير ولاية، لانه نائب في الحفظ لا غير) لانه لا ولاية له عليه، و لا نيابة، حيث لم يكن وكيلاً عنه في الدفع. و قال الكاكي(١) بغير اذن القاضي ضمن اي في القضاء اما ديانة فلا ضمان عليه حتى كان له ان يحلف بعد موت المودع انه لا حق لورثته قبله، لانه لم يرد بذلك غير الاصلاح و في النوادر(٢) اذا لم يكن في مكان يمكن استطلاع رأي القاضي لايضمن استحساناً. و قد قالوا في رجلين كانا في سفر فاغمى على احدهما، فانفق رفيقه عليه من ماله، او مات فجهزه صاحبه من ماله، لايضمن استحساناً. و كذا العبد المأذون في التجارة اذا كان في بلاد بعيدة، فمات مولاه، فانفق على نفسه و ما معه من الامتعة و الدواب لايضمن استحساناً. و كذا روي عن المشايخ أنهم قالوا، اذا كان للمسجد اوقاف، و لم يكن له متولي، فقام رجل من اهل المحلة في جمع ريع الاوقاف لينفق على مصالح المسجد بما يحتاج اليه من شراء الزيت و الحصير لايضمن (بخلاف ما اذا امره القاضي، لان امره ملزم لعموم ولايته و اذا ضمن) اي الاجنبي (لايرجع على القابض) و هو الاب و الام (لان ملكه

---

(١) و قال الكاكي الخ و كذا قال ابن الهمام في الفتح. (٢) و في النوادر الخ كذا في فتح القدير ص٢٢٨ ج٤.

و ابقاء حق المولى بالخلف بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير ديناً فكان تاخيراً على ما ذكرنا و نفقة المملوك لاتصير ديناً، فكان ابطالاً. و بخلاف سائر الحيوانات، لانها ليست من اهل الاستحقاق، فلايجبر على نفقتها الا انه يؤمر به فيما بينه و بين الله تعالى، لانه عليه الصلوة و السلام نهى عن تعذيب الحيوان،

مصدر من اوفى يوفي من الوفاء (و ابقاء حق المولى) من ابقى يبقي ابقاء من البقاء (بالخلف) و هو الثمن و في الذخيرة(١) في ظاهر مذهب اصحابنا، لايجبر الانسان على نفقة غير الرقيق، كالحيوانات وغيرها، كالدور و العقار و الزروع و الثمار، الا انه يكره، لان فيه تضييع المال، و فيه رجل له عبد او مدبر او امة او مدبرة او ام ولد يجبر على نفقتهم، فان ابى فكل من يصح للاجارة يؤجر و ينفق عليه من اجرته و من لامنفعة به لعذر صغر او كبر او زمانة، و ما اشبه ذلك. ففي العبد و الامة يجبر على بيعهما، و في المدبر و المدبرة و ام الولد يجبر على الانفاق عليهم و في المكاتب و المكاتبة لايجبر لالتحاقهم بالاحرار. عبد بين رجلين تنازعا فيه يجبران على نفقته و في الدابة(٢) يجبران و لو طالب احدهما من القاضي ان يامره بالنفقة حتى لايكون متطوعاً. فالقاضي يقول للآخر الآبى، اما ان تبيع نصيبك من الدابة او تنفق عليها رعاية لجانب الشريك، هكذا ذكره الخصاف و ذكر السرخسي انه لايجبر (بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير ديناً فكان تاخيراً على ما ذكرنا) اشار به الى قوله بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى لها القاضي، لانها تجب مع يسارها، فلاتسقط (و نفقة المملوك لاتصير ديناً فكان ابطالاً) فيجبر على البيع (و بخلاف سائر الحيوانات) حيث لايجبر(٣) على الانفاق عليها (لانها ليست من اهل الاستحقاق) اذ لابد للقضاء و الاجبار من المقضى له و العبد يصلح و الحيوانات لاتصلح (فلايجبر على نفقتها الا انه يؤمر به) اي بالانفاق (فيما بينه و بين الله تعالى لانه عليه الصلوة و السلام) اي لان النبي صلى الله عليه وسلم (نهى عن تعذيب الحيوان) و قد تقدم عن قريب ما رواه ابوداود لاتعذبوا خلق الله و سنده(٤) حدثنا عثمان بن ابي شيبة، حدثنا جرير عن الاعمش عن المعرور بن

---

(١) الذخيرة الخ راجع لنحو هذه الفروع الفتاوى الهندية ص٥٦٨ ج١ و فتح القدير ص٢٣٠ ج٤ و البحر ص٢٣٦ ج٤. (٢) و في الدابة الخ كذا في الفتح ص٢٣١ ج٤. (٣) لايجبر الخ و في الكفاية ص٢٣٠ ج٤ و الاصح ما قلنا (اي لايجبر) لان اجبار القاضي على الانفاق نوع قضاء و لابد للقضاء من مقضى له و هو من اهل الاستحقاق و هو موجود في الرقيق لانه من اهل ان يستحق حقوقا على المولى و ان كان مملوكا فاما غير الرقيق فلايستحق حقوقا على المالك فلايصلح مقضيا له ففات شرط القضاء فينعدم القضاء انتهى و كذا في العناية.
(٤) و سنده الخ و هذا السند صحيح نصب الراية ص٢٧٦ ج٣.

و فيه ذلك. و نهى عن اضاعة المال و فيه اضاعته. و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه يجبر، و الاصح ما قلنا. و الله اعلم.

سويد به (و فيه ذلك) اي و في الامتناع عن انفاق الحيوانات تعذيب الحيوان (و نهى عن اضاعة المال) و هو ما رواه البخاري(١) باسناده الى المغيرة قال، قال صلى الله عليه وسلم ان الله حرم عليكم عقوق الامهات و واد البنات و منع و هات و كره لكم ثلاثاً قيل و قال و كثرة السؤال و اضاعة المال (و فيه اضاعته) و في ترك الانفاق على الحيوانات اضاعة المال (و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى(٢) انه يجبر) مالك الحيوانات على النفقة عليها، و به قال الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى لان فيه اضاعة المال و تعذيب الحيوان و هما منهيان (و الاصح ما قلنا) اي لايجبر على انفاق سائر الحيوانات، لانها ليست من اهل الاستحقاق فروع(٣) عبد صغير في يد رجل، فقال لغيره هذا عبدك وديعة عندي، فانكر يستحلف بالله ما اودعه، و يقضي بنفقته على ذي اليد، لانه اقر برقه، و لم يثبت لغيره، فيبقى على حكم ملكه، و لو كان كبيراً لايستحلف، لانه في يد نفسه، و القول قوله في الرق و الحرية و النفقة تجب على من له المتعة مالكا كان او غير مالك - مسالة - اوصى بجارية لانسان و بما في بطنها لآخر فالنفقة على الموصى له بالجارية. و لو اوصى لانسان بدار و بسكناها لآخر و هي تخرج من الثلث، فالنفقة على صاحب السكنى لان المنفعة له. فان انهدمت الدار فقال صاحب السكنى انا ابنيها و اسكنها، كان له ذلك. و لايصير متبرعاً، لانه مضطر فيه، لانه لايصل الى حقه الا به، كصاحب(٤) العلو مع صاحب السفل، و امتنع صاحبه من بنائه و كذا لو اوصى بنخل لواحد و لآخر بثمره، فالنفقة على صاحب الثمرة. و في التبن و الحنطة ان بقي شيء من ثلث ماله فالنفقة

---

(١) البخاري كتاب الاستقراض باب ما ينهى عن اضاعة المال ص٣٢٤ ج١ و مسلم في الاقضية باب النهي عن كثرة المسائل ص٧٥ ج٢ و المؤطا مالك باب ما جاء في اضاعة المال ص٧٣٣ و التفصيل في نصب الراية ص٢٧٦ ج٣. (٢) و عن ابي يوسف الخ و في فتح القدير ص٢٣١ ج٤ و عن ابي يوسف انه يجبر في الحيوان و هو قول الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى و غاية ما فيه ان يتصور فيه دعوى حسبة فيجبره القاضي على ترك الواجب و لابدع فيه و ظاهر المذهب الاول و الحق ما عليه الجماعة انتهى و في البحر الرائق ص٢٣٧ ج٤ و رجح الطحاوي رواية ابي يوسف و قال و به ناخذ انتهى. (٣) فروع راجع فتح القدير ص٢٣١ ج٤ و الفتاوى الهندية ص٥٦٩ ج١. (٤) كصاحب العلو الخ و في فتح القدير كصاحب العلو مع صاحب السفل اذا انهدم السفل و امتنع صاحبه من بنائه كان لصاحب العلو ان يبنيه و يمنع صاحبه منه حتى يعطيه ما غرم فيه و لايكون متبرعا انتهى.

في ذلك المال و ان لم يبق فالتخليص عليهما، لان المنفعة لهما. و في السمسم اوصى بدهنه لواحد و بشجيره لآخر، فالنفقة علي صاحب الدهن و عن محمد ذبح شاة و اوصى بلحمها لواحد و بجلدها لآخر، فالتخليص عليهما كالحنطة و التبن. و قيل اجرة الذبح على صاحب اللحم دون صاحب الجلد. و في التنبيه ينبغي ان تجب نفقة المبيع قبل القبض على المشتري. و الصحيح ان نفقته على البائع مادام في يده. و في المغني لايجبر العبد على الضريبة. كان كثير من الصحابة رضي الله تعالى عنهم، يضربون الضراب على رقيقهم. روى انه كان الف مملوك للزبير على كل واحد منهم كل يومٍ درهم، و الله اعلم بالصواب.

تم بحمد الله تعالى و عونه الجزء السابع من البناية شرح الهداية و يليه بمشيئة الله تعالى و توفيقه الجزء الثامن منه و مطلعه كتاب العتاق.

فيض احمد غفرله
ذوالقعدة ١٤١٧ هـ